التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

في فقه الإمام مالك

تأليف

الشيخ خليل بن إسحاق المالكي

المتوفى ٧٧٦ هـ

تحقيق

محمد عثمان

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة البيوع - السلم - القرض - المقاصة - الرهن - التفليس - الحجر - الصلح
الحوالة - الضمان - الشركة - الوكالة - الإقرار - الاستلحاق



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

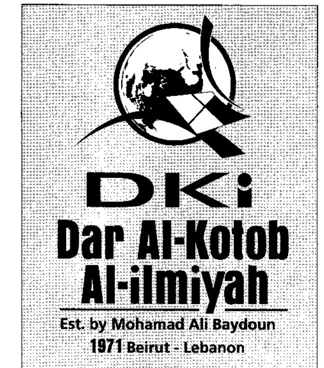
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḤTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

Classification: Malikit Jurisprudence
Author : Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi
Editor : Muḥammad ʿUṯmān
Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages : 4448 (7 volumes)
Size : 17* 24
Year : 2011
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

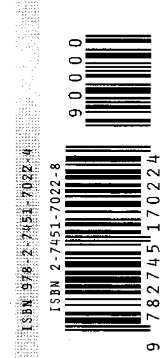
الكتاب : التوضيح
شرح مختصر ابن الحاجب

التصنيف : فقه مالكي
المؤلف : الشيخ خليل بن إسحاق المالكي
المحقق : محمد عثمان
الناشر : دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات :4448 (7 أجزاء)
قياس الصفحات: 24 *17
سنة الطباعة : 2011
بلد الطباعة : لبنـــان
الطبعة :الأولى



Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا

كتاب البيوع

بيوع الآجال

(ص): **بيوع الآجال، والآجال لقب لما يفسد بعض صوره منها؛ لتطرق التهمة، بأنهما قصدا إلى ظاهر جائز؛ ليتوصلا به إلى باطنٍ ممنوعٍ؛ حسمًا للذريعة....**[1]

(ش): لما انقضى كلامه على البيوع التي نَصَّ الشارع على المنع منها عقبها ببيوع يتوصل بها إلى الممنوع منعها أهل المذهب وغيرهم، وسميت بيوع الآجال؛ لأنها لا تنفك عن الأجل.

وقوله: (لقبٌ)؛ أي: عَلَمٌ، ولَعَلَّهُ عَبَّر باللقبِ إشارةً إلى الذَّمِ؛ لأنَّ قوله: (لما يفسدُ)، فيه إشارةٌ إلى ذلك.

ثم هل كل من لفظتي (البيوع والآجال) باقٍ على دلالته؟ أو سُلِبَت دلالةُ كلُّ واحدٍ، وصار المجموع اسمًا لما ذكره؟ فيه احتمال، والثاني أظهر.

و (ما)، في: (لما يفسد)، يحتمل أن تكون موصولة، أو موصوفة.

وضميرُ (صُوَرِهِ)، عَائدٌ على (ما)، لا على اللقب كما قال (ر)؛ لأنَّ الفاسد بعض الملقب، لا بعض اللقب. وجعل الاسم للمُسَمَّى تكلف ويلزمُ عليه خلو الموصول من عائد.

وضمير (منها) عائد إلى بيوع الآجال. ولا يقال: يَلزمُ الدَّور؛ لأنَّهُ عَرَّفَ الشَّيءَ بنفسه؛ لأن المراد شرح اللفظ، لا الحد والرسم.

و (لتطرق)، متعلق بيفسد.

و (حسمًا) مفعول لأجله، عامله محذوف؛ أي: فمنعه الشارع؛ لأجل حسم الذريعة - بالذال المعجمة: الوسيلة، وأصله عند العرب لم تألفه الناقة الشاردة من الحيوان؛

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٥٢.

لتقبض به -، فنقلت إلى البيع الجائز؛ للتحيل به على ما لا يجوز، فهو من مجاز المشابهة.

وأورد (ع) دخول ما ليس من بيوع الآجال، كبيعه فضة رديئة من شخصٍ بذهبٍ، ثم يشتري به منه فضة طيبة دون الأولى وزنًا، في مجلس أو مجلسين متقاربين، وكإقضاء طعامٍ من ثمن طعامٍ مُخالف له وغير ذلك.

وعلى ما تقدم أن المراد شرح اللفظ لا يرد هذا، ولو سُلِّم أنَّ المراد الرسم، ففي صدر كلامه ما يخرجهما؛ لأنه قال: لقبٌ لما يفسد؛ أي: لقب لصور مخصوصة من البيوع الأجلية يفسد بعضها للتهمة، وتلك الصور المخصوصة مذكورة في الباب، وليست الصورتان وشبههما منها[1].

(ص): وأجمعت الأمة على المنع من بيع وسلف ولا معنى سواه.

(ش): أتى بهذا حجةً لسد الذريعة؛ يعني: أنَّ كلَّ واحدٍ من البيع والسلف على انفراده جائز بإجماع الأمة، وأجمعت على المنع من اجتماعهما، ولا سبب إلا التهمة على الزيادة في السلف، والأصل عدم غيره، ولا سيما وقد بُحث على غير ذلك فلم يوجد.

ولا يقال: لم لا يجوز أن يكون تعبدًا؟ لأنه خلاف الأصل، ولأن المتعلق أقرب إلى الانقياد، فوجب الحمل عليه.

وإذا ثبت هذا فتمتنع كل صورة فيها تهمة؛ للإجماع على المنع لأجلها، وقد يعترض على هذا الدليل:

---

(١) من الذخيرة : قاعدة : كل حكم مرتب على عرف أو عادة يبطل عند زوال تلك العادة، فإذا تغير تغير الحكم.
وقال ابن يونس : وجه فسخ بيوع الآجال وإن صح حماية أن يقصد المتبايعان ذلك في أول أمرهما.
ولما نقل القرافي في قول ابن رشد ما فعله بزيد بن أرقم لا إثم فيه قال : هذا يقتضي عدم تحريم بيوع الآجال وإنما تفسخ سدا لذريعة القصد إلى الفساد.
وسمع ابن القاسم : من أقرض رجلا طعاما إلى أجل فلما حل الأجل قال له غريمه : بعني طعاما أقضيك قال : إن ابتاع منه بنقد فلا بأس ولم يجز إن كان لأجل لأن الطعام قد رجع إليه فآل الأمر إلى أن أخذ منه في الطعام الذي كان له عليه من القرض الثمن الذي باع منه، فإن كان نقدا جاز وإن كان إلى أجل لم يجز لأنه فسخ الطعام في ذلك الثمن إلى ذلك الأجل. انظر: التاج والإكليل: ٤/٦٥.

بأن حكاية الإجماع ليست بجيدة؛ لأنه إما أن يكون ذلك إذا لم يكن السلف بشرط، أو إذا كان، فالأول لا يصح؛ لأن الشافعي يجيزه.

والثاني: المنع فيه عند الشافعي إنما هو لأجل الشرط، لا للتهمة، لكن الظاهر منع هذه البياعات؛ لأن إجازتها تستدعي الوقوع في المحرم، كما هو المشاهد بالديار المصرية.

(ص): وإن كان مما يكثر القصد إليه كبيع وسلف، أو سلف جر منفعة منع وفاقًا

(ش): لما قرر المنع وكانت أسبابه مختلفة بالقوة والضعف، وأخذ يبين ذلك، فالقوي ما يكثر القصد إليه.

وقوله: (وإن كان)؛ أي: الباطن الممنوع.

ومثال: (ما يكثر القصد إليه): بيع وسلف، وسلف جر منفعة، وإنما كان مما يكثر القصد إليه؛ لما فيهما من الزيادة، والنفوس مجبولة على حبها، فلذلك يتحيل عليها. مثال البيع والسلف: أن يبيع سلعتين بدينارين إلى شهر، ثم يشتري واحدة منهما بدينار نقدًا. وقاعدة مالك رضي الله عنه وأصحابه: عد ما خرج من اليد وعاد إليها لغوًا. وكان البائع إذا خرج من يده سلعة ودينار نقدًا، يأخذ عنهما عند الأجل دينارين، أحدهما عوض عن السلعة، وهو بيع، والآخر عوض عن الدينار المنقود، وهو سلف.

ومثال (سلف جر منفعة) - المسألة التي هي أصل هذا الباب -: أن يبيع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم يشتريه بثمانية نقدًا، فقد رجع إليه ثوبه، وخرج من يده ثمانية، فأخذ عنها عشرة.

وقوله: (منع)؛ أي: البيع الموصل إلى هذا الممنوع.

وأشار (ر) إلى أنه كان ينبغي أن يكتفى عن (بيع سلف)؛ لأن ذكر (سلف جر منفعة) يُغني عنه؛ لأن البيع والسلف إنما منع لأدائه إلى سلف جر منفعة.

وأجيب: بأنه وإن كان مؤديًا إليه إلا أنه تعليل بالمظنة، وهو أضبط.

(ص): وإن كان مما يقل، كدفع الأكثر مما فيه الضمان، وأخذ أقل منه إلى أجلٍ فقولان

(ش): (إلى أجلٍ) متعلق بقوله: (دفع الأقل)؛ أي: وإن كان الباطن الممنوع قليل الوقوع؛ لقلة من يقصد إليه؛ لأن الغالب دفعُ الأقلِّ لتحصيل الأكثر لا العكس، كما لو باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشترى منه عند الأجل أو قبله ثوبًا منهما بالعشرة فمآل أمره إلى: أنه دفع له ثوبين؛ ليضمن له أحدهما بثوبٍ إلى الأجل.

وظاهر المذهب من القولين: الجواز؛ لبعده.

ابن بشير وابن شاس: والقولان مشهوران، ولا خلاف أن صريح ضمان بجُعل ممنوع؛ لأن الشرع جعل الضمان والجاه والقرض لا تُفعل إلا لله بغير عوض، وأخذ العوض عليه سُحْتٌ.

(ص): **وإن كان بعيدًا جدًا كأسلفني وأُسلفك، فالمشهور جوازُهُ**

(ش): (أسلفك) منصوبٌ بعد الواو على معنى الجمع؛ أي: ليجتمع سلف منك وسلف مني. والشاذ لابن الماجشون، ومثاله: لو باعه ثوبين بدينارين إلى شهر، ثم اشترى بدينارٍ نقدًا أحدهما، والآخر بدينارٍ إلى شهرين، فالسلعة قد رجعت إلى صاحبها، ودفع الآن دينارًا يأخذ بعد شهر دينارين، أحدهما عوض عَمَّا كان أعطاه، والثاني: كأنه استسلفه ويعطى عنه آخر بعد شهرٍ آخر[1].

واستبعد (ع): أن يكون هذا أضعف مِمَّا قبله؛ لأنَّ العادة طلبُ المكافآتِ على السلف بالسلف.

وأجيب: بأن المستبعد الدخول على أن يسلفه الآن ليسلفه بعد ذلك بشهر؛ لأن الناس إنما يقصدون السلف عند الاضطرار.

(ص): **ولو اعتُبر البعيد لمُنع بالمثل، وبأكثر نقدًا، وبأقل إلى أبعد إذا قامت السلعة بيده متمكِّنًا من الانتفاع، وقد التزمه بعضهم**

(ش): يعني: أنه لا ينبغي أن يعتبر الباطن إذا كان بعيدًا؛ إذ لو اعتبر للزم المنع في ثلاثة صور هي جائزة اتفاقًا:

أولها: أن يبيعه سلعة بثمن إلى أجل، فتقيم عند المشتري مدة يمكنه الانتفاع بها، ثم يشتريها بمثل ذلك الثمن نقدًا.

ثانيها: كذلك ويشتريها بأكثر نقدًا.

وثالثها: كذلك، ويشتريها بأقلَّ إلى أبعد، كما لو باعها أولا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بعد خمسة يومًا بخمسة إلى شهرين.

(ع): وتبع المصنف في هذا ابن بشير، وكلامه في هذا الفصل مختل، وإنما يصح المعنى الذي قصدوه في الصورة الثالثة؛ لأن البائع دفع عشرة يأخذ عنها خمسة بعد ذلك، والانتفاع الذي يحصل من السلعة، فيكون بيعًا وسلفًا.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٠٣.

أما الصورتان الأوليان فابن القاسم وغيره يجيزهما، ولا مانع فيهما محقق ولا متوهم.

وقال شيخنا: بل المعنى كما قال المصنف، هو: أن المنع يترتب على كل ما لو نطقا به ابتداء لمنع، والمنع فيهما للضمان بجعل؛ لأنه إذا اشتراها بالمثل نقدًا، فقد جعل ذلك الانتفاع جُعلا على ضمانها في مدة الانتفاع، إذ تبين لك ذلك في المثل، كان بيانه مع الزيادة أحرى؛ لكون الجعل حينئذ الانتفاع والزيادة، فقول (ع): وكلام ابن بشير مختل ليس بظاهر.

وقول المصنف: (إذا قامت السلعة بيده متمكنًا)، تنبيه على المعنى الموجب للتهمة.

وقوله: (التزمه بعضهم)، عبر بالالتزام، وعبر ابن بشير بالإلزام، فقال: وألزم بعضهم مراعاة التهم البعيدة أن تمنع، وذكر الثلاث صور كما ذكرها المصنف.

ولم يعلل ابن بشير المنع في الثلاث بما علل به شيخنا، بل علل بالبيع والسلف، وبكون الثمن سلفًا، والمنفعة مبيعة بالسلعة.

وبقي هنا شيء، وهو: إن كان المراد بـ (بعضهم)، غير ابن محرزٍ فحسن، لكن لم أقف عليه، وإن كان هو المراد كما قيل، ففيه نظر؛ لأنَّ ابن محرز إنما تكلم على الصورة الثالثة. ويتبين لك ذلك بالوقوف على كلامه، فقال: إذا باع سلعة بمائة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة نقدًا، أو إلى الأجل، أو أبعد منه، فذلك جائزٌ؛ لأنَّه لا تُهمة في ذلك من وجه، إلا أنه إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منه إلى أبعد من الأجل فقد أقامت عند مشتريها ينتفع بها، فكان القياس أن لا يجوز ذلك؛ لأنه إن اشتراها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل، كان بيعًا وسلفًا: كان قدر ما يرجع إلى المشتري سلفًا، وما زاد على ذلك ثمنًا للإجارة فيما انتفع بالسلعة فصار بيعًا وسلفًا.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل؛ لأنه يكون إجارةً وسلفًا، ولم أر أحدًا يذهب إلى هذا وإنما يعتبرون بصورة الحال عند العقد الثاني، فإن لم تكن فيه تهمةٌ أجازوه، فعلى هذه الطريقة لا يعتبرون ما تقدم من انتفاعه بالسلعة قبل العقدة الثانية، إلا أنَّ أبا الفَرَج ذكر "كتابه" عن عبد الملك بن الماجشون أنه قال: لا يجوز بأن يبيع الرجل سلعة بثمنٍ إلى أجلٍ، ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أبعد من الأجل. ابن محرز: ولا أعلم له وجهًا إلا ما ذكرتُه من الانتفاع بالسلعة.

المازري: ولم أقف على ما نقله ابن محرز، وفي "الحاوي"، قال: وإنما حكى أبو

الفَرَج عن عبد الملك أنه يمتنع أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها، وسلعة أخرى بذلك الثمن، أو بأكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل.

(خ): وستأتي هذه المسألة من كلام المصنف آخر الباب.

(ص): فمن باع سلعة تعرف بعينها إلى أجل ثم اشتراها، فاعتبر ما خرج وما رجع وألغ الوسط فإن جاز وإلا بطل

(ش): هذا هو القانون لهذا الباب، واحترز بقوله: (تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا) من المكيل والموزون، فإن له حكمًا يَخُصُّه سيأتي.

وقوله: (إلى أجل)؛ أي: بثمنٍ إلى أجل، فاعتبر ما خرج من اليد؛ أي: السابقة بالعطاء، سواء كانت يد البائع أو يد المشتري، وما عاد إليها ثانيًا.

(وألغِ الوسط): وهي السلعة المبيعة، فإن جاز بأن كان الراجع مثل ما خرج منها أو أقل، وحذف جواب الشرط؛ أي: جاز البيع، وسيظهر لك ذلك[1].

(ص): فإن كانت الأولى نقدًا لم يتهم على المشهور، إلا أهل العينة فيهما، وقيل: أو في أحدهما

(ش): أي: فإن كانت السلعة الأولى نقدًا، ومفهوم كلامه: أن الثانية إلى أجل، فالمشهور - وهو مذهب ابن القاسم وأشهب - أنه لا يُتَّهَمُ في ذلك إلا أهلُ العينة. والشَّاذ: أنَّه يتهم في ذلك إلا أهل العينة. والشاذ: أنه يتهم في ذلك كل واحد، وهو لمالك في "الموازية".

(ع): أما إذا كانا معًا نقدًا، فلا يتهم إلا أهل العينة باتفاق.

---

(١) إن باع سلعة بعينها ولم يذكر حالا ولا مؤجلا فإنه على الحلول نقله أبو الحسن الصغير عن القاضي عياض في آخر البيوع الفاسدة في أثناء كلامه على هلاك الرهن قبل قبضه، والله أعلم. ثم قال ابن عرفة الثاني لقب لمتكرر بيع عاقدي الأول ولو بغير عين قبل اقتضائه.
وبدأ المصنف - رحمه الله - بذكر موجب فساد هذه البيوع بطريق إجمالي فقال ومنع للتهمة ما كثر قصده أي ومنع كل بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى ممنوع في الباطن للتهمة أن يكون المتبايعان قصدا بالجائز في الظاهر التوصل إلى الممنوع في الباطن وليس ذلك في كل ما أدى إلى ممنوع بل إنما يمنع ما أدى إلى ما كثر قصده للناس وفي بعض النسخ قصدا فيكون الفاعل ضميرا مستترا في "كثر" عائدا إلى "ما" و"قصدا" تمييز محول عن الفاعل ص: (كبيع وسلف) ش: أي والممنوع الذي يكثر القصد إليه ويتحيل عليه بما هو جائز في الظاهر أشياء متعددة منها بيع وسلف واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف وكذلك ما أدى إليه وهو جائز في الظاهر لا خلاف في المذهب. انظر: مواهب الجليل: ٢٧١/٤.

وقوله: (فيهما، وقيل: أو في أحدهما)؛ أي: في المتبايعين؛ يعني: إذا لم يتهم إلا أهل العينة، فلا بد من أن يكون المتبايعان من أهلها.

وقيل: يكتفي بأحدهما، وهو لمحمد، ووجهه: أنه قد يحمل صاحبه عليها اللخمي: يريد إلا أن يكون الآخر من أهل الدين والفضل، فلا يحمل على أنه عامله عليها.

(ص): **فإن كان الثمنان عينًا على صفةٍ واحدةٍ، فقد يكون الثاني نقدًا مساويًا أو أقل وأكثر، فهذه ثلاث، وقد يكون إلى أجل في الثلاث، ثم الأجل مساو أو أقل أو أكثر، صارت اثنتي عشرة صورة، فإن تعجل منها الأقل امتنع، وهي ثلاث**

(ش): قوله: (**على صفةٍ واحدةٍ**)؛ أي: سكة واحدة، ونوع واحد.

وقوله: (فقد يكون الثاني نقدًا)؛ أي: مع أن البيعة الأولى إلى أجل، وحاصلة: أن للشراء أربعة أحوال: إما نقدًا، أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل، أو إلى أبعد منه. ثم كل واحدة من هذه الأربعة: إما بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، صارت اثنتي عشرة صورة يمنع منها ثلاثة، أشار إليها بقوله: فيمتنع منها ما تعجل فيه الأقل، وهي: بأقل نقدًا، وبأقل إلى دون الأجل، وبأكثر إلى أبعد.

وتجوز التسع البواقي، وضابطها أن تقول: إن تساوى الأجلان فاحكم بالجواز ولا تُبالي باختلاف الثمن، وإن تساوى الثمنان فاحكم بالجواز ولا تُبالي باختلاف الأجلين، وإن اختلفا فانظر إلى اليد السابقة بالعطاء، فإن رجع إليها مثل ما خرج منها أو أقل جاز، وإن رجع إليها أكثر امتنع.

بيانه: أنه إذا باع بعشرة إلى شهر ثم اشتراها بثمانية نقدًا، أو إلى نصف شهر فقد رجعت إليه سلعته، وخرج من يده ثمانية، يأخذ عنها بعد ذلك عشرة، وكذلك: إن اشتريت باثني عشر إلى شهرين يعطي المشتري بعد شهر عشرة، ويأخذ بعد ذلك اثنا عشر، وعد المشتري في هذه الثلاثة مسلفًا.

(ص): **ويشكل منها بأكثر إلى أبعد**

(ش): أي: يشكل من الثلاثة الممنوعة الصورة الأخيرة، وهي: بأكثر إلى أبعد.

(ع): ولا إشكال فيها لا باعتبار نقلها، فإنها منقولة في "المدونة" وغيرها ولا باعتبار وجهها، ووجهها بما تقدم.

وأجاب شيخنا رحمه الله تعالى بأن قال: بل وجه المنع فيها ضعيف؛ لأنه تقدم أن ظاهر المذهب الجواز فيما يبعد القصد إليه، وهذه أيضًا كذلك؛ إذ يبعد أن يدخل البائع

مع المشتري على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر ليأخذ عنها اثني عشر مثلا؛ لأنَّ غالب أحوال الناس احتياجهم إلى السلف ناجزًا، والتحيل إنما يكون على ما يحتاج إليه غالبًا لا نادرًا.

(ص): ولو اشترى بأقل إلى أجله أو أبعد ثم رضي بالتعجيل فقولان للمتأخرين

(ش): يعني: لو وقع البيع على وجهٍ جائزٍ، كما لو باعه سلعةً بعشرة إلى شهر ثم اشتراها بثمانية إلى الشهر أو إلى أبعد منه، **ثم رضي** البائع بتعجيل الثمانية، فهل يجوز ذلك؟ لأنَّ البيع قد انعقد أولا جائزًا، لا سيما حيثُ يكون الثمن عينًا فإن الأجل من حق من عليه الدين، فلا تهمة، أو يمتنع ذلك؟ لاتهامها، والقولان للمتأخرين[1].

(ر): وكذلك الخلاف إذا اشترى بأكثر إلى أجله، ثم تراضيا بالتأخير. انتهى.

وينبغي أن يُنظر هنا إلى قُرب الزَّمان فتقوى التُّهمة، وإن طال طولا يخرجان به عن التُّهمة فيجوز، وهكذا ينبغي في العكس إذا اشتراها بأكثر نقدًا فلم يقبض إلا بعد الأجل.

(ص): فلو أفات البائع السلعة بما يُوجب القيمة، فكانت أقل فقولان

(**ش**): مثاله: لو باعه شاةً بعشرة إلى شهرٍ، ثم تَعدَّى عليها فذبحها مثلا، **فكانت القيمة ثمانية**، فلا خلاف في تمكين المشتري من القيمة؛ لينتفع بها.

ثم هل يدفع البائع عند الأجل العشرة؛ لبعد التهمة؟ وهو قوله في "المجموعة"، أو إنما يدفع مثل ما أخذه منه فقط، وهو **ثمانية**؛ إذ يتهمان على السلف بالزيادة، وهو قول ابن القاسم في "العتبية" وظاهر كلامه: أن القولين في تمكين المشتري من قبض تلك

---

(١) يعني أنه إذا قال له اشتر سلعة كذا بعشرة نقدا ولم يقل لي بل قال لنفسك أو لم يقل لي ولا لنفسك كما تقدم عن المقدمات بل قال اشترها وأنا أشتريها باثني عشر نقدا فاختلف في ذلك قول مالك فمرة أجازه إذا كانت البيعتان بالنقد جميعا وانتقد ومرة كرهه للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور قاله في المقدمات والبيان وهذا ما أشرنا إليه أن في إطلاقهم المنع على هذا القسم جميعه تسامح والعجب من ذكر المصنف هذا القول بالجواز مع أنه قدم أولا أن المكروه أن يشتريها ويومئ لتربيحه فكيف مع التصريح بالقول بالكراهة، والله أعلم. ومن هنا يعلم أيضا أن قول ابن حبيب فيما إذا قال اشترها وأنا أربحك ولم يسم الثمن أنه حرام ويفسخ مخالف لقول مالك؛ لأن قول مالك اختلف بالجواز والكراهة مع تسمية الربح والمراوضة عليه فتأمله وفهم من قول ابن رشد وانتقد أنه لو اشتراها على النقد ولم ينقد لا يكون الحكم كذلك وهو ظاهر ويأتي الخلاف الذي تقدم في بيوع الآجال فيمن اشترى بأقل لأجله ثم عجله. انظر: مواهب الجليل: ٤/٢٩٩.

القيمة، وليس كذلك، بل لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف كما ذكرنا.

(ص): **فإن التهمة فيها أبعد لو كانت الأولى نقدًا، وفرق بقوة تهمة دين بدين**

(ش): اختلف في تأويل هذا المحل، فقيل: هو إشارةٌ منه إلى توجيه الشاذ الذي يتهم أهل العينة وغيرهم، فيما إذا كانت البيعة الأولى نقدًا، وكأنه يقول: التهمة على التحيل بإفاتة السلعة، لتجب القيمة أبعد مما إذا كانت القيمة الأولى نقدًا، والثانية إلى أجل؛ لأنهما وإن اشتركا في سلف بزيادة، إلا أن صورة الإتلاف يبعد القصد إليها؛ لأنه قد لا يحصل الغرض باختلاف الأسواق[1].

ثم أجاب: بأن المنع قوي في مسألة الفوات، فإنه دين بدين؛ لأن البالغ لما أفات السلعة وجبت عليه القيمة للمشتري، وله في ذمة المشتري دين.

وقيل: إن ضمير (فيها) عائدٌ على الصورة التي استشكلها في قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد)، وإن هذا توجيه لذلك الإشكال؛ أي: أنَّ التُّهمة فيما يُبَاعُ بعشرة إلى شهرٍ، ثم يشتريه بعشرين إلى شهرين أبعد مما لو كانت البيعة الأولى نقدًا، كما لو باع بخمسة نقدًا، ثم يشتريه بعشرة إلى شهر، فإن المشتري مسلف في الصورتين، إلا أن السلف في هذه حاصل ناجزًا، وهو مقصود غالبًا، بخلاف الأولى، فإن السلف إنما يحصل بعد شهر، وهو مما يبعد القصد إليه، وإذا جاز في صورة النقد على المشهور مع قرب التهمة كان المنع المتفق عليه في صورة التأجيل مُشكلا؛ لأنها أبعد.

ثم فُرِّق: بأنَّ صورة في البيعتين ينضمُّ فيها إلى السلف بزيادةٍ مانعٌ آخر، وهو: تهمة دينٍ بدينٍ، وليس هو موجودًا إذا كانت الأولى نقدًا، ويؤيد هذا الوجه وقوع هذا الكلام؛ أي: (فإن التهمة) إلى آخره، وفي بعض النسخ بعد قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد).

وقال (ر): وغيره غير هذين الوجهين، ولم أر من ذكر ذلك، والثاني أقرب، والأول هو الذي يؤخذ من كلام (ع)، لكن على كلامه اعتراض؛ لأنه قال بعد بأن قال: هذا توجيه منه للقول الشاذ في مسألة النقد كما تقدم، وكأنَّ المصنف يقول: التهمة في مسألة الإفاتة أقوى منها في مسألة النقد. وهكذا رأيته في نسخ، وبعضها صحيح. وصوابه يقول - عوض أقوى -: أضعف. والله أعلم.

(ص): **ولذلك فسد في تساوي الأجلين إذا اشترطا عدم المقاصة، وصح في أكثر**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٥٤.

إلى أبعد إذا اشترطا المقاصة

(**ش**): أي: ولأجل أنَّ التهمة دائرة مع الدَّين بالدَّين، منع ما أصله الجواز، وهو: ما إذا تساوى الأجلان، وشرطا عدم المقاصة؛ لما فيه من عمارة الذمتين، وأجيز لذلك ما أصله المنع، وهو: ما إذا اشترتيت بأكثر إلى أبعد، وشرطا المقاصة للسلامة من دفع قليلٍ في كثيرٍ.

ولا يُقال: المنع في الأولى إنَّما نشأ من الشرط بخلاف ما تقدم، فإنما فيه التهمة فقط؛ لأنا نقول: المتهم عليه في هذا الباب كالمدخول عليه.

(ص): **فإن اختلفا في الجودة والرداءة أو في ذهب وفضة امتنع؛ لأنه صرف مستأخر**

(**ش**): هذا قسيمُ قوله: على صفةٍ واحدةٍ، ونوعه إلى قسمين:

أحدهما: الاختلاف في الجودة والرداءة مع اتحاد النوع، كمحمدية ويزيدية.

والثاني: الاختلاف في النوع كذهبٍ وفضةٍ؛ لما يؤدي إليه في الأول إن سلما من دفع قليل في كثير من ربا النساء وربا الفضل، والنساء إن لم يسلما ولما يُؤدي إليه الثاني من صرف مستأخر.

واكتفى بذكر علة الثاني لوجهين؛ لأنه تفهم منه علة الأول، ولأنَّ ما يذكره من التفريع إنما هو في الصرف.

ووجد في بعض النسخ: (لأنه صرف أو بدل مستأخر)، فذكر العلتين.

وفي بعض النسخ ما نصه: (فإن اختلفا في الجودة والرداءة فأربعة وعشرون صورة، فالجودة والرداءة كالكثرة والقلة، فإن عجل منها الأقل أو الأدنى امتنع، إلا أن المشهور المنع إذا تساويا قدرًا وأجلا، وهو مشكلٌ، أو في ذهب وفضة امتنع؛ لأنه صرفٌ مستأخرٌ). انتهى نص هذه النسخة.

أي: لأنه قد يكون الجيد من عند البائع والرديء من عند المشتري وعكسه، وفي كل اثنتي عشرة صورة، ووجه الإشكال الذي ذكره: أن الغالب في التحيل إنما هو حيث تحصل منفعة، ولا منفعة مع التساوي.

(خ): وهذه النسخة أولى؛ لاقتضاء الأولى المنع فيما إذا باعه بعشرة يزيدية إلى شهر، ثم اشتراه بعشرة محمدية نقدًا.

والنسخة الأولى هي التي وقعت في كلام (ع)، وقرَّرها على ظاهرها من المنع في المثال المفروض، وليس بظاهر؛ لأنَّ في "الجواهر": مُقتضى المعروف من المذهب

الجواز في المثال المذكور، بخلاف عكسه.

وهو الذي ذكره ابن يونس، وعزاه لبعض الأصحاب، وقال: إنه بَيِّنٌ وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك في "المجموعة"، قالا: وإن باعها بعشرة هاشمية إلى شهرٍ، ثم اشتراها بعشرة عُتُقٍ نقدًا أو إلى الأجل، فجائز، ولا يجوز إلى أبعد من الأجل؛ لأنَّ الهاشمية أدنى من العتق.

ابن القاسم: وإن كانت الهاشمية أكثر عددًا فإن كانت بزيادتها، مثل: العتق المؤخرة، أو أكثر فلا بأس به، وإن لم تكن مثلها فلا خير فيه.

قالا: وإن باعها بمائة عتق تنقص خروبة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة هاشمية وازنة. - ابن يونس: يريد نقدًا - فإن كان في زيادة وزنها ما يحمل وجوه العتق فأكثر جاز، وإلا لم يجز[1].

(ص): **إلا أن يكون المعجل أكثر من قيمة المتأخر جدًا، وقيل: مثله**

(ش): وهذه استثناء من المنع؛ أي: أنه إذا كان الثمن الثاني أكثر جدًا مما باع به أولا جاز؛ لخروج ذلك عن المعهود من أحوال المتهمين.

وما صدر به المصنف هو مذهب "المدونة"، قال فيها: وإن بعته بثلاثين درهمًا إلى شهر - يعني: الثوب - فلا تبتعه بدينار نقدًا، فيصير صرفًا مؤخرًا، ولو ابتعته بعشرين دينارًا جاز؛ لبعدكما من التهمة - قال -: وإن بعته بأربعين درهمًا إلى شهر، جاز أن تبتاعه بثلاثة دنانير نقدًا لبيان فضلها، ولا يُعجبني بدينارين، وإن ساوياهما في الصرف.

ومنع أشهب مطلقًا؛ مبالغة في الاحتياط للصرف؛ ولأنَّه قد يكون لدافع الدنانير في الدراهم أو العكس غرضٌ.

اللخمي: ويجوز بالمساوي على قول ابن القاسم وعبد الملك في "المجموعة".

وكذلك قال في "الجواهر": واستقرأ اللخمي قولا ثالثًا: أنه يجوز بالمساوي، وهو أحسن - ومراده: التساوي في القيمة -؛ لأنه يخسر الصبر، ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها. وإلى هذا أشار بقوله: (وقيل: ومثله)، ففيه مسامحةٌ.

---

(١) قال البرزلي : رأيت فتوى لابن عبد السلام أنه يجوز في القراض أن يأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه بصرف وقته.
وسئل عنها الغبريني فقال كذلك.
قال البرزلي : بدليل أول مسألة من قراض العتبية مفهوم قوله قبل العمل أنه يجوز بعد العمل.
ومن رسم العرية من سماع عيسى قارضه بعشرة تنقص خروبة. انظر: التاج والإكليل: ٤٧٦/٤.

(خ): والظاهر بأن الاستثناء عائدٌ على مختلف النوع فقط، كما ذكرنا؛ لقوله: (من قيمة المتأخر)؛ إذ لا يُقال ذلك في متفق النوع، لكن يبقى فيه نظر، وهو: أن يبقى مختلف الصفة باقٍ على إطلاق المنع، فلا يجوز إن كان المتعجل أكثر من قيمة المتأخر، وليس كذلك، بل يجوز ذلك، ويجوز ذلك إن كان على وزنه، وكان المتأخر أردأ، كما نَصَّ عليه ابن القاسم في الهاشمية والعتق كما تقدم.

(ص): والمشهور المنع إذا تساويا قدرًا وأجلا؛ لأنه دين بدين

(ش): (ع): يعني: كما لو باعه ثوبًا بعشرين درهمًا إلى شهرٍ، ثم اشتراه بدينارٍ إلى ذلك الشهر قال المصنف: لأنه دين بدين. ولا شك أن ذلك مقتضٍ للمنع، وأكثر ما يعللون هنا بالصرف المؤخر؛ لأنه أضيق، ثم قال: واستعمل المصنف في هذا الموضع التساوي في القدر في مختلفي الجنس، ومراده التساوي في القيمة؛ لأن أحد الثمنين ذهب، والآخر فضة.

وحمله (ر) وغيره على ما إذا كان اتفق النوع واختلفت الصفة، كمحمدية ويزيدية، وهو ظاهر قوله: (تساويا قدرًا وأجلا)، وذكر أنَّ المشهور المنع؛ لأنه مذهب "المدونة" قال فيها: وإن بعت ثوبًا بمائة درهم محمدية إلى شهر، فلا تبتعه بمائة يزيدية إلى ذلك الشَّهر؛ - لرجوع ثوبك إليك -، وكأنك بعت يزيدية بمحمدية إلى أجل.

ابن يونس وغيره: ولا فرق بين أن تتقدم المحمدية أو اليزيدية؛ لأنه بيع يزيدية بمحمدية، أو محمدية بيزيدية إلى أجلٍ. ونقله ابن محرز: وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك؛ لأنهما قالا: لو كان الثمن الأول هاشميةً، ثم اشتراها بمائة عتق إلى الأجل أو أقرب منه لكان جائزًا.

ولابن القاسم في "المجموعة": إذا باع بمائة قائمة إلى شهر، ثم ابتاع بمائة مجموعة نقدًا لم يجز، وأما إلى ذلك الأجل، أو أبعد فجائز؛ لنفي التهمة. وهو الشاذ الذي حكاه المصنف.

(ص): وإن كان الثمنان طعامًا نوعًا واحدًا فاثنتي عشرة صورة كالعين، إلا أنه اختلف إذا تعجل منها الأكثر بناء على قرب ضمان بجعل أو بعده

(ش): لا إشكال في تصور الاثنتي عشرة صورة كالعين إلا أنَّه اختلف هنا في صورتين، هما جائزتان اتفاقًا: إذا استردَّها بأكثر مقدارًا نقدًا، أو بأقل منه إلى أبعد من الأجل وسببهما كما قال المصنف: هل الضمان بجعل يقصد غالبًا أم لا؟

واعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع: بأنه قدم أن الضمان بجعل بعيدٌ؛ لأنه

مما يقل القصد إليه على القولين، فكيف يجعله هنا قريبًا؟

(ص): **فإن اختلفا في الجودة والرداءة، أو كانا نوعين فكما تقدم**

(**ش**): (الجودة والرداءة): كالسمراء والمحمولة. و(النوع): كالقمح والفول. (كما تقدم)؛ أي: في العين[١].

(ص): **فإن كان الثمنان عرضًا نوعًا واحدًا فكالطعام**

(**ش**): إنما شبههما بالطعام لا بالعين؛ بالمشاركة العرض للطعام في الصورتين المختلف فيهما؛ لدخول الضمان بجعل فيهما، ولا ضمان في العين على ما علم في غير هذا الموضع.

(ص): **فإن كانا نوعين جازت الصور كلها؛ إذ لا ربا في العروض**

(**ش**): كما إذا باع شاة بثوب إلى شهر ثم اشتراها بفرس أو غيرها مما هو مخالف للثوب. ومراده بـ (**الصور كلها**): صور النقد الثلاثة، وأما صور الأجل التسعة، فممتنعة؛ لأنه دين بدين، وكأن المصنف أطلق في قوله: (**لا ربا في العروض**). ومراده نفي ربا التفاضل؛ لوضوحه؛ إذ لا يخفي على من له أدنى مشاركة بأن ربا النساء يدخل في العروض، وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول.

(ص): **فإن كانت السلعة طعامًا أو مما يكال أو يوزن فمثلها صفة ومقدارًا كعينها**

(**ش**): يعني: فإن باعها طعامًا، أو غيره مِمَّا لا يُعرف بعينه بثمنٍ إلى أجلٍ، ثُمَّ اشترى مثل ذلك المبيع في صفته ومقداره، فإنَّ ذلك المثل يكون كما لو اشترى منه عين شيئه، فيمتنع هنا ما امتنع فيها؛ لأن ما لا يعرف بعينه يقوم المثل فيه مقام عينه في أكثر المسائل.

(ص): **ويمتنع بأقل إلى الأجل**

(**ش**): كما لو باع إردبين بدينارين إلى شهر، ثم اشترى منه مثله بدينار إلى ذلك الشهر، وأطلق في المنع، وهو مقيد بغيبة المشتري عليها؛ لأنهم يعدون الغيبة عليها سلفًا، فكأن البائع أسلف المشتري إردبًا على أن يعطيه دينارًا بعد شهر، ويقاصه بدينار عند الأجل، فآل إلى سلفٍ جَرَّ منفعة[٢].

وهذه المسألة مخصصة لعموم التشبيه في قوله: (فمثلها صفةً ومقدارًا كعينها)؛ لأن

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٠٥.

(٢) انظر: الذخيرة: ٥/ ٣٨.

ما يعرف بعينه تنتفي فيه علة المنع، وهي: السلف بزيادة، ولا يُقال: إذا غاب على مَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ فقد انتفع به، والسلف لا يَتَعَيَّنُ فيه رَدُّ المثل، بل يجوز فيه رد العين والمثل، فلم يعدوه سلفًا؛ لأنا نقول: لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك، فخرجا عن حقيقة السلف وفيه نظر.

فإن قيل: يفهم من قوله: (يمتنع بأقل إلى الأجل)، أنه يجوز بالأقل إلى أبعد من الأجل، والمنقول فيه المنع. ذكره صاحب " المقدمات " وعلته سلف بزيادة.

فالجواب: لا يفهم ذلك منه، بل يُفهم منه المنع مع التأجيل للمساواة في العلة، وهي: السلف بزيادة، وعلى هذا فالممتنع من الاثنتي عشرة فيما لا يُعرف بعينه خمسة:

ثلاثة بقوله أولا: (فمثلها صفة ومقدارًا كعينها).

ورابعة بقوله: (ويمتنع بالأقل إلى الأجل).

وخامسة وهي: بأقل إلى أبعد؛ لمساواتها لهذه.

ويمتنع على قول ابن الماجشون سادسة، وهي: بمثل الثمن إلى أبعد، بناءً على اعتبار أسلفني وأسلفك.

(ص): **فإن اختلفا في المقدار، فإن كان فكان الرَّاجِعُ أقلَّ فكسلعتين، ثم اشتريت إحداهما**

(ش): فإن اختلفا؛ أي: المبيعان فيما لا يُعرف بعينه في المقدار، فاسترد أقل فكسلعتين بعتهما ثم اشتريت **إحداهما**، والتشبيه يعم التصوير والحكم.

فأما التصوير فمتوجه من حيث الجملة، ولا خفاء في تصوير الاثنتي عشرة صورة. ومن حيث التفصيل تتضاعف صور المشبه، وهو مما لا يُعرف باعتبار الغيبة وعدمها، فتتصور اثنتا عشرة مع الغيبة، واثنتا عشرة مع عدمها، دون المشبه به؛ إذ لم يفرقوا فيما يعرف بعينه بين الغيبة وعدمها، فليس فيه إلا اثنتي عشرة.

وأما التشبيه في الحكم فيصح مع عدم الغيبة؛ لتساويهما في الممتنع والجائز، فالممتنع خمس، وهي: أن يشتري الأقل بالأقل من الثمن نقدًا، أو إلى أجلٍ دون الأجل، أو يشتريه إلى أبعد بمثل الثمن أو أقل أو أكثر.

والجائز ما بَقِيَ ولا يَصِحُّ مع الغيبةِ؛ لزيادة الصور الممتنعة، فتزيدُ مع الخمس صورةٌ أخرى، وهي: أن يشتريها بأقل من الثمن إلى مثل الأجل، مثل أن يبيع إردبين بعشرة إلى شهرٍ، ثم يشتري إردبًا بخمسةٍ إلى الأجل، فقد أسلف البائعُ إردبًا رجع إليه، وخرج من يده إردب، وله خمسة يقاص المشتري بها عند الأجل، ويخرج من يد

المشتري خمسة مقابلة الإردب، وهي جائزة مع عدم الغيبة.

واختُلف في سابعةٍ، وهي: أن يبتاع منع بمثل الثَّمن، أو أقل من الطَّعام مقاصة، فإنَّ قول ماكل اختلف فيها واضطرب فيها أيضًا المتأخرون، فقد تبيَّن لك أنَّ تشبيه المصنف لا يصح على إطلاقه.

ويقع في بعض النسخ عقب (في المقدار)، ما نصه: (فاجعل الزيادة والنقص في المردود مثلها في الثمن، ولكن على العكس)؛ أي: اجعل الثمنين هنا متساويين لا يتغيران، والتغيير في الثمنين والأجل كما كانت السلعة في الصور المتقدمة لا تتغير، وإنما كان يتغير الثمن والأجل، فانظر هذا أيضًا إن رجع إلى اليد السابقة بدفع الثمن أقل أو مساوٍ جَازَ، وإن رجع إليها أكثر امتنع. وهو الذي أشار إليه بقوله: (على العكس)، لكن في كلامه على هذا قصور؛ لأنَّ الاثنتي عشرة صورة إِنَّمَا تتصور مع اختلاف الثمن أيضًا، والله أعلم.

(ص): **فإن أكثر فكسلعة ثم اشتريت مع أخرى، وسيأتيان**

(ش): أي: فإن كان الرَّاجع في المسألة بخالها أكثر مما خرج، فهو في التصوير والحكم كمن باع سلعةً بثمن إلى أجل، ثم اشتراها مع سلعةٍ أخرى، وسيأتي، إلا أنَّ صور المشبه تبلغ أربعًا وعشرين باعتبار الغيبة وعدمها، كما قلنا في التي قبلها، بخلاف صور المشبه به، فإنها اثنتي عشرة؛ إِذْ لا فرق بين الغيبة وعدمها فيما يعرف بعينه فالممتنع في المشبه والمشبه به سبع وهي[1]:

١ - بمثل الثمن نقدًا.

٢ - أو إلى أجل أقل.

٣ - أو بأقل منه نقدًا.

٤ - أو إلى أجل قبل الأجل. والعلة في الأربع سلف جر منفعة.

٥ - أو بأكثر من الثمن نقدًا.

٦ - أو إلى أجل قبل الأجل.

٧ - أو بعده. والعلة في الثلاث بيع وسلف.

وتبقى خمس جائزة.

وأما مع الغيبة فيما لا يعرف بعينه فالجميع ممتنع.

---

(١) انظر: منح الجليل: ٤/ ٤٧١.

أما سلف جر نفعًا: إن اشترى بالمثل أو بأقل، وأما لبيع وسلف: وإن اشترى بأكثر، فتبين أن ما ذكره من التشبيه ليس على إطلاقه.

(ص): فإن اختلفا في الجودة والرداءة فهما كالزيادة والنقص

(ش): يعني: فإن كان ما اشتراه ثانيًا، أجود مما باعه أولا، فحكمه حكم ما إذا اشترى ما باعه مع الزيادة، وإن اشترى أردأ فحكمه حكم ما إذا اشترى أقل مقدار؛ لأن الجودة زيادة والرداءة نقص.

(ص): فإن كان غير صنفه كالشعير أو السلت مع القمح، أو المحمولة مع السمراء، فحكى عبد الحق جوازه

(ش): أي: فإن كان الطعام الثاني من جنس الأول، لا من صنفه، كالقمح مع الشعير أو السلت، أو المحمولة مع السمراء، فهل يكونان كسلعتين؟ كما لو باع منه ثوبًا إلى أجلٍ، ثم اشترى منه فرسًا. هكذا حكى عبد الحق في "النكت " عن بعض شيوخه القرويين[(١)].

ورأى ابن يونس أن الجواز على مذهب ابن القاسم، وأن المنع يأتي على مذهب سحنون ومحمد في العرض والمردود مثله، وسيأتي.

وكأنَّ المصنف نسب المسألة لعبد الحق تبريًا؛ إذ المعروف من المذهب أن القمح والشعير جنس واحد، فكان ينبغي المنع.

ولعلَّ ما ذكره عبد الحق جارٍ على أحد القولين في تأويل مسألة السلم الثاني، وهي: ما إذا أسلم في حنطةٍ سلمًا فاسدًا وفسخ العقد بينهما، ووجب للمسلم أخذ رأس ماله، قال في "المدونة": ويجوز له أخذ ما شاء عن رأس ماله سوى الصنف الذي أسلم فيه، فقد تم العقد الفاسد، فذهب الفضل، وابن أبي زمنين إلى أنه يجوز أن يأخذ المحمولة إن كان أسلم في سمراء وبالعكس، وهكذا قال غيرهما، وهو في "الموازية" أيضًا و"الواضحة".

ومنعه ابن محرز والإبياني، قالا: لا يجوز أخذ السمراء عن المحمولة، ولا الشعير عن القمح، فما حكاه عبد الحق جارٍ على التأويل الأول.

(ص): ويعتبر في الطعام مطلقًا أن من باع طعامًا إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا ببعضه طعامًا، وإن خالفه قبل الأجل ولا بعده، إلا أن يكون كيله وصفته، إن

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٥٦.

محمولة فمحمولة، وإن سمراء فسمراء

(ش): هذه المسألة نافعة للناظر في مذهب مالك، ولدخول أشياء كثيرة تحتها، وهي ليست من بياعات الآجال، وإنما أتى بها - والله أعلم - لمناسبتها في إلغاء الوسط وسد الذريعة، والأليق بها كتاب السلم والصلح، ومعناها: أن من باع طعامًا مطلقًا - أي: ربويًا أو غيره - بثمن إلى أجل لم يجز له ولا للمحال عليه من قبله أن يأخذ بذلك الثمن ولا بعضه ممن هو عليه طعامًا، وإن خالفه قبل الأجل أو بعده، إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفةً ومقدارًا؛ لعدم التهمة حينئذٍ، ويعد حينئذٍ إقالة.

وقوله: (بثمن إلى أجل)، يريد: وكذلك بحال، وتأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان، وليس هذا مخصوصًا في الثمن بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللهم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام عن أجرة كراء أرض للحرث - قاله في "المدونة" - ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمان يمكن أن ينسج فيه؛ لأنه إجارة مجهولة، ولا أخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمان يصير فيه قصيلا، ولا السيوف عن الحديد، وضابطه: كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نقدًا، فلا يجوز أن يقضي أحدهما من ثمن الآخر، كاللحم عن الحيوان والعكس، والطعام عن ثمن كراء الأرض، وكل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يُقتضى أحدهما عن ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزلٍ عن ثمن كتَّان بعد مدةٍ يمكن فيها النسج، وأخذ قصيلٍ عن شعيرٍ بعد مُدَّةٍ يمكن فيها نباته. والله أعلم.

(ص): وجاء في منع أقل منه بمثل الثمن قولان لمالك وابن القاسم

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ ولا حذف عليها، وفي نسخة أخرى: (بيع) وفيها حذف مضاف؛ أي: منع بيع وجوازه، فالمنع لمالك في "المدونة"، والجواز له في "الموازية"، وهو الأشهر عند ابن القاسم، فنسب لكل منهما ما هو الأشهر عنه، ولم ينقل عن ابن القاسم قول صريح بالمنع، بل نقل عنه: أنه قال مرة بالجواز، وقال مرة: لا يعجبني. وليس مراده أن لكل منهما قولين؛ لأنه خلاف عادته، ولأن ابن القاسم لم يصرح بالمنع كما ذكرنا، ولأن هذه المسألة مستثناة من قوله: (إلا أن يكون كيله وصفته)، وأفردها لينبه على الخلاف فيها والخلاف في المسألة مبني على الخلاف في

قرب ضمان بجعل أو بعده[1].

(ص): **والأردى مثله**

(**ش**): ظاهره: أن القولين فيه كما في الأقل، وليس كذلك؛ لأن مالكًا نصَّ في "المدونة" على الجواز في الأردى، وعلى المنع في الأقل، فهما مفترقان عنده.

(ص): **وإن كانت السلعة عرضًا فمثله كمخالفة على الأصح، وقال ابن المواز: مثله كعينه، كمن أسلم ثيابًا ثم أقال في مثلها وزيادة**

(**ش**): هذه المسألة مقابلة لقوله قبل: (فإن كانت السلعة طعامًا أو مِمَّا يُكالُ أو يُوزن)؛ أي: وإن كانت السلعة عرضًا تُعرف بعينها، كالثياب والحيوان، فمثله كمخالفة، فإذا باع شاةً أو ثوبًا بعشرة إلى إلى شهر، ثم اشترى البائع من المشتري شاةً أو ثوبًا بأقل نقدًا، فالأصح - وهو مذهب "المدونة" -: الجواز كما لو اشترى فرسًا أو غيره بمخالفة في الجنس، واحتج ابن القاسم بأن ذوات القيم لا يقوم المثل فيها مقام المثل، فوجب أن يكون المثل فيها كالمخالف، ومقابل الأصح لسحنون وابن المواز وغيرهما: أن المثل كالعين؛ لا لأن المثل يقوم في ذوات القيم، ولكن لمعنى آخر: وهو السلف بزيادة.

بيانه: أن من باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشترى منه مثل ثوبه بخمسة نقدًا، فآل الأمر إلى أنَّ مثل سلعته قد رجعت إليه، وخرجت من يده خمسة يأخذ بعد شهرٍ عشرة.

زاد ابن المواز: فشبه ما قرَّره من وجه المنع كمن أسلم ثوبًا في شاةٍ أو باعه بدراهم، ثم أقال من تلك العُقدة على أن يأخذ ثوبًا زيادةً.

وفرَّق ابنُ أبي وزيد بأن المسألة الأولى - المتنازع فيها - لم يقصد المتبايعان نقض البيعة الأولى، بل إبقائها، واستأنفا بيعة ثانية لا تعلُّق لها بالأولى، فوجب بقاء كل واحدةٍ منهما على حالها، ومسألة الإقالة التي شبَّه بها قصد المتبايعان نقض البيعة الأولى بالإقالة، فوجب من أجل ذلك النظر إلى ما خرج من اليد وعاد إليها، كما في بياعات الآجال، بل أولى؛ لأن قصارى مسائل الآجال أن يُتَّهما على القصد إلى نقض البيعة الأولى، وهَا هُنَا قد صرح بذلك.

(ص): **فلو تغيرت السلعة كثيرًا، فقيل: كعينها، وقيل: كغيرها**

(**ش**): يعني: لو باعه سلعة من المقومات، كالدَّابة بعشرة إلى سنة فركبها، قال في

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٩٤.

الرواية: إلى مثل الحج وبعيد السَّفر، فيأتي وقد أنقضها ذلك، فهل يمنع أن يشتريها بائعها بتسعةٍ مثلا؟

أجازه في رواية ابن القاسم في "الموازية"، ومنعه في رواية أشهب، وبها أخذ سحنون، وذكر في رواية أشهب أنه قال: وإذا حدث عَوَرٌ أو عَرَجٌ أو قَطْعٌ حتى يُعلم أنهما لم يعملا على فسخ فلا يصلح هذا، ولا يُؤمن عليه أحد.

قال في "النكت": والرواية الأولى أقيس؛ لأن السلعة إذا تغيرت تغيرًا شديدًا بعدت التهمة.

ابن رشد: اختلافهما هنا كاختلافهما في الرَّواحل إذا استقال المكتري الكراء بزيادة، بعد أن سار من الطريق ما له بال، أجازه ابن القاسم، ورأى أن هذا السير يمنع التهمة، ومنعه أشهب.

(ص): فإن كان الثاني بعضه نقدًا وبعضه مؤجلا، وهي تسعٌ، فإن تعجَّل فيها الأقل أو بعضه امتنع

(ش): يعني: فإن كان الثمن الثاني بعضه نقدًا، وبعضه **مؤجلا**، فالأجل إما مُساوٍ أو أقل أو أكثر، والثمن إما مساوٍ أو أقل أو أكثر، فهذه تسعٌ، وإليه أشار بقوله: (وهي تسع). وإنَّما امتنعت صور النقد الثلاث؛ لأن الفرض أن بعض الثمن مؤجل، وإذا كان **مؤجلا**، فلا يصح أن يكون نقدًا[1].

وبيَّن الممتنع منها بقوله: (فإن تعجل الأقل أو بعضه امتنع)، كما لو باع سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بتسعة فأقل عجل منها خمسة مثلا، وأخر أربعة، وسواء أخرها إلى أقل من الأجل، أو إلى الأجل، أو إلى أبعد؛ لأنه إذا باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بثمانية - أربعة نقدًا وأربعة إلى نصفه أو إلى نصف الشهر أو إلى الشهرين - فإن ثوبه قد رجع إليه، ودفع الآن أربعة، وأربعة إلى نصف شهر يأخذ عنها عشرة عند تمام الشهر. وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل.

وكذلك إذا كانت الأربعة مؤخَّرة إلى الشهر، فإنه يسقط بسببها أربعة من العشرة؛ لأجل المقاصة، وآل الأمر إلى أن البائع دفع الآن أربعةً، يأخذ عنها عند حلول الشهر ستةً، والتعليل كذلك في الشهرين.

وهاتان الصورتان تعجل فيهما بعض الأقل، وهما الأولى مندرجة تحت قول

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣/ ١٠٧.

المصنف: (فإن تعجل الأقل أو بعضه)، وتدخل أيضًا في كلامه صورة رابعة مشاركة للأولى في تعجيل كل الأقل، وهي: ما إذا اشتراها بأكثر وعجّل بعضه وأخر بعضه إلى أجلٍ أبعد من الأجل الأول، كما لو باعه بعشرةٍ إلى شهر، ثم اشتراه باثني عشر، خمسة نقدًا وسبعة إلى شهرين، فإن الثوب رجع لربه، ودفع الآن خمسة يأخذ عنها مثلها عند تمام الشهر، ويدفع له المشتري حينئذٍ خمسة، يعطيه البائع عوضًا منها بعد شهر آخر سبعةً، فالعشرة أقل من الاثني عشر، فيصدق عليه قوله: (وتعجل فيها الأقل)، فعلى هذا فـ (أو)، من قوله: (فإن تعجل فيها الأوقل أو بعضه)، للتفصيل، فتعجيل الأقل كله هو في الصورة الأولى والرابعة، وتعجيل بعضه هو في الثانية والثالثة، كما قررنا.

وبه يندفع ما قاله (ع) هنا من أن كلامه لا يشمل الصورة الرابعة، وأن قوله: (تعجل الأقل)، خارج عن فرض المسألة؛ إذ فرضها أن بعضه مؤجل، فلا يتعجل فيها جميع الأقل.

(ص): ومنع ابن الماجشون المؤجل إذا كان مساويًا للباقي بناء على اعتبار: أسلفني وأسلفك، وهو بعيد

(ش): يعني: أن ابن الماجشون منع من الصور التسعة صورة أخرى، وهي جائزة على المشهور، وهي: ما إذا كان المؤجل أبعد من أجل الثمن الأول، وهو مساوٍ لَه، كما لو باعه بعشرة إلى شهر، ثُمَّ استردها بخمسةٍ نقدًا، وخمسةٍ إلى شهرين وقَد تقدَّم الكلام عليها أول الفصل حين أشار المصنف إليها بقوله: (فإن كان بعيدًا جدًا).

(ص): فلو باع ثوبين بعشرة إلى سنة، ثم اشترى أحدهما نقدًا بتسعة لم يجز؛ لأنه بيع وسلف

(ش): هذه إحدى المسألتين اللتين تقدمت الإحالة عليهما قبل هذا بقوله: (وسيأتيان)، ومعناها: أن من باع ثوبين بعشرة إلى سنة مثلا، ثم اشترى أحدهما بأقل من الثمن الأول نقدًا كتسعة أو ثمانية أو أقل، فالثوب الراجع كأنه لم يقع فيه بيع وآل أمره إلى أنه دفع تسعة وثوبًا معجلين في عشرة إلى سنة، فتسعةٌ منها تقابل تسعة سلفًا، والثوب مبيع بالدينار العاشر، فقد اجتمع بيع وسلف[1].

(ع): قيل: إنما تظهر هذه التهمة إذا كان الثوب يساوي دينارًا ونحوه، وأما لو كان يساوي خمسة أو نحوها، فالتهمة حينئذٍ بعيدةٌ، وينبغي على أصل ابن القاسم الجواز إذا

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٣٢٣.

اتضح ارتفاع التهمة، كما جاز في الصرف إذا كانت قيمة المعجل أكثر من قيمة المتأخر جدًا. ألا ترى أن البيع والسلف يكثر القصد إليه بخلاف الصرف المتأخر.

(ص): ولو اشتراه بعشرة فأكثر جاز، خلافًا لابن الماجشون، وهي اثنتا عشرة صورة، يمتنع منها ما تعجل فيه الأقل

(ش): يعني: فلو اشترى أحد الثوبين بمثل الثمن الأول فأكثر جاز؛ لانتفاء التهمة؛ لأن البائع دفع عشرة وثوبًا نقدًا، يأخذ عنهما عشرةً بعد سنةٍ، ولا تهمة في ذلك، وما نسبه لابن الماجشون ليس بنص، وإنما نصوا على المنع فيمن باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بثوب وعشرة، فقدر الثوب المردود مبيعًا بالثوب المدفوع، والعشرة سلف بعشرة وستأتي هذه فألزمه التونسي منها المنع في الصورة التي ذكرها المصنف؛ لأن البائع خرج من يده ثوب، وهو الباقي بيد المشتري ورجع له ثوب عوض عنه، وهو الذي كان خرج من يده أولا، وهذا بيع، وخرج من يده عشرة نقدًا يأخذ عشرة بعد شهر، وهذا سلف.

وكأن المصنف قوي عنده هذا الإلزام، فجرى على أحد القولين في: أن لازم القول قول، فنسبه إليه، وحل المازري هذا الإلزام بأن ابن الماجشون قال في المسألة المنصوصة: ولا سيما إن كان الثوب المدفوع آخرًا، أدنى من الثوب الأول. فأشار بقوله أدنى إلى اتضاح التهمة برجوع ثوب آخر مخالف؛ إذ اختلاف الأعراض دليل على اختلاف الأغراض.

وهذا بخلاف أن يعود إلى يده عينُ ما خرج منها فلا تهمة؛ لاتحاد العرض.

وقوله: (وهي اثنتا عشرة صورة)؛ لأنه إذا باع ثوبين بعشرة ثُمَّ اشترى أحدهما فإما بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، والبيع إما نقدًا، أو دون الأجل، أو إلى الأجل أو أبعد منه.

وقوله: (يمتنع منها ما تعجل فيه الأقل)، ظاهر، وقد تقدم وهو: ما إذا اشترى أحدهما بتسعة، وظاهر كلامه: أنه لا يمتنع إلا هذا، وليس كذلك، فإن الصور الثلاث التي بعد الأجل كلها ممتنعة. نصَّ على ذلك المازري، وهو: أن يشتري أحدهما ثانيًا بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر إلى أبعد من الأجل.

أما الأولى: فلتهمة سلف جر منفعة كما لو باعهما بعشرة إلى شهر، ثم اشترى أحدهما بعشرة إلى شهرين؛ لأن البيع خرج من يده ثوب على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهرٍ يأخذها منه بعد شهرين، والثوب عوض انتفاعه بالسلف.

وأما الثانية: وهي أن يشتريه بأقل إلى أبعد، فلأنه بيع وسلف؛ لأنَّ البائع إذا اشتراه

ثانيًا بخمسة إلى شهرين، فقد خرج من يده ثوب يعطيه المشتري عند حلول الأجل عشرة خمسة منها عوضٌ عن الثوب، وخمسة يسلفها له يأخذها منه بعد شهرين.

وأما الثالثة: وهي أن يشتريه بأكثر إلى أبعد فلأنه سلف جر منفعة، وتصوره ظاهر.

وقد يمكن أن تندرج هذه الصورة الثالثة في قوله: (تعجل فيه الأقل)؛ لأن ما يأخذه البائع بعد شهر أقل ومتعجل بالنسبة إلى ما يأخذه بعد شهرين، وأما الأوليان فلا يندرجان في كلامه.

(ص): **فلو اشترى أحدهما بغير صنف الثمن الأول، فقالوا: يمنع مطلقًا، وعندي في النقد المربي على جميع الثمن الظاهر الجواز**

(ش): مراده بغير الصنف: أن يكون الثمن الأول ذهبًا، والثاني فضة، أو يكون الأول محمدية، والثاني يزيدية. فيؤول الأمر إلى أنَّ البائع رجع إليه أحد ثوبيه، وخرج من يده ثوب وذهب، يأخذ عنه عند الأجل فضة، أو خرج من يده ثوب ومحمدية يأخذ عند الأجل يزيدية[1].

(وقوله: فقالوا يمنع مطلقًا)؛ أي: سواء كان الثمن الثاني أقل أو أكثر أو مساويًا نقدًا أو إلى أجل أقل من الأجل، أو إلى الأجل نفسه أو بعده.

ابن بشير: ولا خلاف في ذلك. وعلله بأن السلعة المردودة سلف، وما خرج من الثوب والذهب، أو المحمدية مبيعٌ بما في ذمة المشتري من الفضة، أو اليزيدية مع ما فيه من الصرف المستأخر، أو البدل المستأخر.

وتبرأ المصنف من هذا بقوله: (قالوا)؛ لإشكاله؛ لأنَّ القياس - على ما تقدم في البيع والصرف -: أنه يجوز إذا كان المنقود أكثر من المؤجل جدًا؛ لانتفاء التهمة فيه، كانتفائها فيما تقدم في قوله: (إلا أن يكون المتعجل أكثر من قيمة المستأخر جدًا). ولا فرق بين المسألتين، ويدل على أن هذا الوجه هو المقتضي للتبري: ما وقع في بعض النسخ: (وعندي في النقد المربي على جميع الثمن الظاهر الجواز).

وقوله: (المربي)؛ أي: الزائد على جميع الثمن.

ولم يصرح بتعميم المنع في الصور كلها من غير خلاف، إلا ابن بشير، وإنما أطلق غيره من المتقدمين.

وعلى هذا ففي كلام ابن بشير نظر؛ لاحتمال أن يكونوا أطلقوا المنع اتكالا على

(١) انظر: الذخيرة: ٥/ ٤٠.

ما ذكروه في الصرف. وقد صرح اللخمي به هنا، فقال: ينبغي الجواز حيث يكون الثمن المعجل أكثر من ثمن المؤجل بأمر بين. وهو نحو ما نسبه المصنف لنفسه.

(ص): فلو باعه بعشرة ثم اشتراه مع سلعة نقدًا بمثل الثمن أو أقل أو أكثر لم يجز؛ لأنه بيع وسلف

(ش): هذه المسألة الثانية المحال عليها أولا، ومعناها: أنه باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه مع آخر بعشرة لم يجز؛ لأنه قد آل أمره إلى أنَّ ثوبه رجع إليه، وخرج من يده عشرة يأخذ عنها بعد شهر عشرة، وقد ازداد ثوبًا أولا، وإذا ظهر لك هذا في الشراء بمثل الثمن، كان فيما إذا اشتراها بأكثر أوضح. وهي الصورة الثانية من كلام المصنف.

وأما إذا اشتراها بأقل، كما لو اشتراها بثمانيةٍ نقدًا، فقد رجع إليه ثوبه، وآل الأمر إلى أنه دفع ثمانية دنانير نقدًا، أخذ عنها ثوبًا نقدًا وعشرة دنانير إلى أجلٍ، ولا خفاء في فساده؛ لأنه بيع وسلف.

وقد صرح المازري و(ع) بأنَّ المنع في المثل بأقل للسلف جر منفعة، كما ذكرنا، فقول المصنف: (لأنه بيع وسلف)، يحتمل أن يعود على صورة الأكثر، وفيه بعد، ويحتمل أن يعود على الثلاث، وهو ظاهر كلام ابن بشير، فكأنه وزع النقود على السلعة المزيدة من جهة المشتري، وعلى ما يقتضيه عند الأجل من ذمته، فيمتنع فيه البيع والسلف. وتقدير المازري أظهر. والله أعلم.

(ص): وكذلك بأكثر منه أو بمثله إلى أبعد، ويعد المشتري مسلفًا، بخلاف الأقل على الأصح

(ش): أي: ويلتحق بالصور الثلاث في المنع صورتان أيضًا:

الأولى: أن يشتري ذلك الثوب مع سلعةٍ أخرى بأكثر من الثَّمن الأول إلى أبعد من الأجل الأول، إلا أن البائع كان في المسألة السابقة مسلفًا وفي هذه: المشتري هو المسلف.

مثاله إذا باع ثوبًا بعشرةٍ إلى شهرٍ، ثم اشتراه مع ثوبٍ آخر باثني عشر إلى شهرين، فقد رجع إليه ثوبه، وآل أمرهما إلى أنَّ المشتري يدفع للبائع عند تمام شهرٍ عشرة، وقد كان أعطى مع الثوب المسترجع ثوبًا آخر، يدفع له البائع عن ذلك كله اثني عشر، فالمشتري مسلف وبائع.

أما الصورة الثانية وهي: ما إذا كان بمثل الثمن الأول فلا مانع. وإنما تبع المصنف

ابن بشير فهو الذي ذكر المنع وحده، ولا وجه له.

وقد نَصَّ ابن محرز والمازري على الجواز. وبيانه: أنَّ البائع إذا اشترى الثوب الذي كان باعه، مع ثوب آخر بمثل الثمن الأول إلى أجلٍ أبعد، فقد رجع إلى يد البائع ما خرج منها، وأخذ الآن ثوبًا مع عشرة يأخذها من المشتري عند حلول الأجل، فالمشتري وإن كان مسلفًا ولكنه سلف لم يجر منفعة بل جر له خسارة.

وإذا ظهر لك الجواز في المثل ففي الأقل من باب أولى، فلا معنى للخلاف في قوله: (على الأصح)، فإن المنع لا حظَّ له في الصحة، فضلا عن أن يكون صحيحًا مقابلا للأصح.

ولم يذكر المازري في هذه المسألة غير الجواز، نعم ذكر ابن بشير الخلاف وهو مشكل.

تنبيه:

هذه المسألة تتصور فيها اثنتا عشرة صورة كما تقدم في غيرها، وتصورها واضح.

وتعرض المصنف للحكم فيما إذا اشترى بالنقد، وللحكم فيما إذا اشترى إلى أجل أبعد، وسكت عَمَّا إذا اشتراه لأقل من الأجل؛ لأنه مساوٍ للنقد، وعَمَّا إذا اشتراه إلى الأجل؛ لأن الحكم حينئذٍ الجواز.

(ص): ولو كان ثوبًا بعشرة ثم اشتراه بخمسة وسلعة لم يجز لما تقدم

(ش): هذه المسألة عكس التي قبلها، فإنَّ زيادة السلعة كانت في الأولى من المشتري الأول، وفي هذه من البائع الأول. ومعناها: أن من باع ثوبًا بعشرة إلى شهر مثلا، ثم اشتراه بخمسة وشاة. وصورها أيضًا اثنتي عشرة صورة؛ لأن البيع الثاني إما أن يكون بأقل من الثمن الأول، أو بمثله، أو بأكثر نقدًا أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أقل منه، أو أبعد، ولا يجوز منها إلا إذا كان البيع إلى الأجل نفسه[1].

بيان ذلك: أنَّ ثوبه قد رجع إليه فصار لغوًا، وآل الأمر إلى أنه دفع خمسةً وشاةً نقدًا يأخذ عنها عشرةً إلى شهر، وذلك بيع وسلف. وكذلك إذا كان يدفع الخمسة إلى نصف شهر، وإن كان يدفع الخمسة بعد شهرين فكذلك، إلا أن المشتري هنا هو المسلف. وأما إذا كانت الخمسة تحل بحلول الأجل الأول، فلا مانع لوجوب المقاصة.

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٥٨.

وحذف المصنف إلى أجل، في قوله: (ولو كان ثوبًا بعشرة ونقدًا)، من قوله: (ثم اشتراه بخمسة)، اعتمادًا على ذكرها في الصورة المتقدمة؛ لأنها مثلها في المعنى. ولهذا أشار إلى اشتراكهما في العلة في قوله: (لم يجز لم تقدم).

(ص): **ولو اشتراه بعشرة فأكثر جاز، خلافًا لابن الماجشون، فإنه جعل السلعة مبيعة بالسلعة، والعشرة المؤجلة والعشرة النقد سلفًا، وهو وهم، وصحح البيع الأول**

(**ش**): أي: ولو باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بشاة وعشرة أو أكثر نقدًا جاز عند ابن القاسم؛ لأن مآل البائع أنه دفع شاةً وعشرةَ دنانير أو أكثر نَقدًا؛ ليأخذ عوضًا عن ذلك العشرة دنانير إلى شهر، ولا تُهْمَةَ فيه.

ومنع ذلك ابن الماجشون، قال: ولا سِيَّما إذا كان ذلك الثوب المدفوع آخر أدنى من الأول. فمن هذه خرج التونسي المنع في المسألة المتقدمة كما تقدم.

وبين المصنف سبب المنع بقوله: (فإنه جعل إلى آخره)؛ أي: جعل السلعة العائدة إلى يد البائع - وهي: التي خرجت من يده أولا - مبيعةً بالسلعةِ الخارجةِ من يده ثانيًا، وجعل العشرة النقد سلفًا في العشرة المؤجلة، فيكون بيعًا وسلفًا. قال: وهو وهمٌ؛ أي: والجعل المذكور وهم. وبين علة الوهم بقوله: (وصحح البيع الأول)؛ أي: أن الثوب إنما يكون مبيعًا بالشاة في الفرض المذكور، إذ قدَّرنا أنَّه انتقل إلى ملك المشتري الأوَّل.

وإذا انتقل إلى ملك المشتري الأول في المعاوضة الأولى، لزم أن تكون تلك المعاوضة صحيحة، وإذا صَحَّت، كانت العشرة قد تقرَّرت في ذِمَّة المشتري الأوَّل من بيعٍ صحيحٍ، وذلك مانعٌ؛ لأنَّه يُعَدُّ قَضاءً عن سلفٍ؛ إذ الشيء الواحد لا يكون سلفًا وثمنًا، وحاصله: إن تصحيح الأولى يستلزم صحة ما بعدها؛ لعدم السلف، وهو ظاهرٌ، وإن كان عبد الملك قد قال: قد جعلت السلعة إلى آخره، وإن كان إنما قال بالمنع. وتأولوا عليه ذلك، فقد يعلل المنع بغير ما ذكر، وهو: الضمان بجعل؛ لأنه ضمنه السلعة بالشاة، وتعجيل العشرة.

(ص): **وفيها مسألتا الفرس والحمار**

(**ش**): وقع هُنَا نسختان: منها، وفيها، والثانية أحسن؛ لأن الضمير في: (فيها)، يعود على "المدونة" والضمير في: (منها)، ظاهره أنه عائد على بياعات الآجال، وهما ليستا منها، ويحتمل أن يعود أيضًا على "المدونة" وَتُسَمَّى الأولى منهما: مسألة البرذون لفرضها فيه في أصل "المدونة"، وفرضها البراذعي في فرس، والثانية ذكرها ربيعة، وهي

موافقة لأصول المذهب، ولذلك أتى بها سحنون[١].

(ص): **فالأولى: إذا أسلم فرسًا في عشرة أثواب، ثُمَّ استردَّه قبل الأجل مع خمسة لم يجز؛ لما فيه من بيعٍ وسلف، وضع وتعجل، وَحُطَّ عني الضمان وأزيدك**

(ش): أي: فالمسألة الأولى وتصورها ظاهر، ثم أخذ يتكلم على بيان العلل الثلاث، فقال:

(ص): **فأما البيع والسلف، فينبني على المشهور من أنَّ المعجل لما في الذمة مسلف، ثم يقتضيه من ذمته عند أجله؛ لأنَّهُ أدَّاه وبرئ، وصَوَّب المتأخرون الشَّاذ**

(ش): أي: أنَّ البيع والسلف ينبني على المشهور من أنَّ المعجل لما في الذمة يُعَدُّ مُسلفًا، ثم يقتضيه من ذمته عند أجله؛ لأنه لما ترتب له في ذمته عشرة أثواب إلى شهر، ثم أعطاه خمسة الآن وفرسًا، فالخمسة سلف يقتضيها من نفسه عند تمام الشهر، والفرس مبيع بالخمسة الأخرى.

وأما على الشاذ من أنَّ المعجل لما في الذمة لا يعد مسلفًا ويبرأ، فيجوز كما لو كان حالا - وهو قول البرقي - ولكن لا يدل هذا على أنه يجيز المسألة للعلتين الأخريين.

وقوله: (وصوب المتأخرون)، إلى آخره، فمن ذلك ما احتجَّ به اللخمي بأنه لو كان مُسلفًا لربِّ الدين، للزم إذا أفلس المعجل أن يكون لغرمائه القيام على رب الدين ويأخذوا منه ما عجل له بمثابة من له دين وعليه دين، ثم قام الغرماء على أحدهما، فإن الآخر لا يكون أحق بما في ذمته.

ورده المازري وابن بشير: بأن أدنى درجات الأثواب المعجلة في هذه الصورة أن تكون رهنًا بيد من عجلت له، فيكون أولى بها.

وأجيب: بأن المشهور المذهب في الرجلين إذا كان لكل واحد منهما دين على الآخر، أنه ليس لغير المفلس منهما أن يتمسك بما في ذمته رهنًا، بل يحاص فيه مع الغرماء، خلافًا لأشهب في الاختصاص.

ورد: بأن المعجل في مسألة الأجل؛ لأجل المؤجل فصار كالرهن في ذمته بخلاف الدينين ابتداء.

وصوب ابن بشير الشاذ لعلة أخرى، وهي: أنهما إنما قصدا إلى إبراء الذمة، فينبغي

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٩٦.

أن يمضي على ما قصدا، وتعجيل السلف حتى يقتضي من الذمة بعيد.

(ص): **والثاني على أن الفرس يساوي أقل**

(ش): أي: والمانع الثاني - وهو: ضع وتعجل - يدخل في المسألة بتقدير أن الفرس مساوٍ لأقل من خمسة، كما لو ساوى أربعة، تبقى ستة، عجَّل له منها: خمسة على أنه إن وضع عنه السادس. والمعروف: منع ضع وتعجل.

وحكى بعضهم عن ابن القاسم جوازه. ابن زرقون: أراه عنه وهمًا.

(ص): **والثالث على أن يساوي أكثر**

(ش): أي: ويدخل المانع الثالث على تقدير أن يكون الفرس يساوي أكثر، كما لو ساوى ستة، فتبقى أربعة، فيحط عنه ضمانها، على أن يزيده ثوبًا. قال في "المدونة" ويدخله تعجل حقك وأزيدك دخولا ضعيفًا.

فائدة:

شرط ضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك: اتجاه الجنس. أشار إليه التونسي وغيره. وقد نَصَّ مالك في "الموازية" على أنه لو أخذ عرضًا عن دينه قبل أجله يساوي أقل مما له عليه مع تخالفهما: أن ذلك جائز، وإن كان أقل من القيمة كثيرًا. ولم يخالف في ذلك إلا الليث[1].

وكذلك نص ابن يونس على أن ضع وتعجل لا يدخل إلا الجنس الواحد لكنه قال: وأما حط عني الضمان وأزيدك، فيدخل في الجنس والجنسين فيما لا يحب تعجيله.

ولهذا أول صاحب " النكت " قول مالك في هذه المسألة أنه يدخلها ضع وتعجل.

---

(١) (والوضع) مبتدأ (من دين على التعجيل) ينطقان به كأن يدعي عليه بعشرة دنانير أو عشرة أثواب فأقر بذلك أو أنكره وصالحه على ثمانية معجلة لما فيه من ضع وتعجل، وهو ممتنع في العين وغيرها بخلاف حط الضمان وأزيدك فهو خاص بغير العين كأن يدعي عليه بعشرة أمداد أو أثواب إلى شهر، فيقر أو ينكر وصالحه على اثني عشر مؤجلة أو ثمانية معجلة. ووجه المنع في الأول أن من عجل ما أجل يعد مسلفاً فقد أسلف الآن ثمانية ليقتضي عند الأجل عشرة من نفسه، وكذا في الثاني لأنه قد انتفع على سلفه الذي هو تعجيله قبل أجله بحطيطة الضمان عنه ولأن فيه أيضاً ضماناً بجعل لأنه أدخل الثياب في ضمانه بجعل وهو الزيادة. (أو المزيد) معطوف على المبتدأ (فيه للتأجيل) يتعلقان به أيضاً لما فيه من سلف بزيادة كان الصلح عن إقرار أو إنكار وخبر المبتدأ محذوف أي والوضع منه أو الزيادة فيه مردودة كذلك. انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣٥٤.

وقول ربيعة في التي بعدها على أن المراد إنما هو خوف أن يقصد بهذا الفعل ضع وتعجل، وليس ذلك نفس ضع وتعجل.

وإذا تقرر هذا ظهر لك بأنه لا ينبغي أن تعلل هذه المسألة بضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك؛ لاختلاف العوضين، وهما: الفرس والأثواب. ولهذا لم يعتمد الشيوخ إلا على المانع الأول، ولأنه عام سواء ساوى خمسة أو أقل أو أكثر، بخلافهما.

(ص): **وقيل: يجوز**

(ش): أي: وقيل تجوز في هذه المسألة. ولا يقال: هذا تكرار؛ لأنه فهم من قوله أولا: (وصوب المتأخرون الشاذ)؛ لأنَّ ذلك خلافٌ في القاعدة، وهذا خلافٌ في المسألة، ولا يلزم من الخلاف في القاعدة القول بجواز هذه المسألة؛ لما تقدم أن هذا الشاذ لم يقع نصًا في عينها، وإنما وقع في نظيرها لابن القاسم في "الموازية" فيمن أسلم ذهبًا في عبدين أو فرسين، فعوض عنهما قبل الأجل عبدًا مثل شرطه وعرضًا معه: ذلك جائز، مع أنَّ أحد العبدين المعجل سلف، وقد عوض عن الآخر بالعرض.

(ص): **هذا إذا كان المردود عين رأس المال أو غيره، والمزيد معجلا، فإن كان المزيد مؤخرًا عن الأجل منع؛ لأنه دين بدين وبيع وسلف محقق**

(ش): قوله: (عين رأس المال)؛ أي: الفرس أو غيره يعني: من غير جنسه، وأما إن كان غيره، وهو موافق فسيأتي. وهذه هي صورة المسألة المتقدمة. وإنما ذكره ليوطئ بقوله: (والمزيد معجلا) لقوله: (فإن كان المزيد مؤخرًا) إلى آخره؛ يعني: فإن كانت الأثواب التي مع الفرس مؤخرة عن الأجل فهو فسخ دين في دين. وهو مراده بقوله: (لأنه دين بدين).

وقوله: (وبيع وسلف)؛ أي: بيع الأثواب الخمسة بالفرس مع تأخير الدين عن أجله الذي وجب قضاؤه فيه، وذلك سلف بلا إشكال ولا خلاف؛ لأن الخلاف إنما هو فيمن عجل ما أجل هل يعد مسلفًا أم لا؟ أمَّا من أخَّر ما عجل فإنه يعد مسلفًا باتفاق.

فإن قيل: من شرط فسخ الدَّين في الدَّين الذي فَسَّرت به كلامه أن يكون في الجنس على أكثر مِمَّا في الذمة، أو يكون في غير الجنس، وقد انتفى كل واحد منهما هنا.

فالجواب لا نسلم الانتفاء؛ لجواز أن يكون الفرس يساوي ستة، فتبقى أربعة، فسخها في خمسة إلى أبعد. قال: معناه (ع).

(خ): ويمكن أن يعلل المنع في تأخير الأثواب بعلةٍ أُخْرى، وهي السلف بزيادة،

والضمان بجعل؛ لأنه إذا أخر الخمسة كما ذكرنا يحتمل أن يكون الفرس لا يساوي إلا أربعة، فيكون ضمان بجعل، ويحتمل أن يساوي ستة، فيكون قد أسلفه بخمسة، فتأمله.

(ص): **وإن كان إلى مثله جاز**

(ش): أي: وإن كان المزيد إلى الأجل جاز؛ لأن الفرس حينئذٍ مبيعٌ بخمسة، والخمسة الأخرى باقيةٌ إلى الأجل نفسه، ولا مانع فيه. وأورد بأن ظاهره يقتضي أنه وقعت زيادة، ولم تقع، بل الخمسة باقية إلى الأجل نفسه. وكذلك أيضًا قوله: (إلى مثل الأجل)، فإنما هو نفس الأجل.

وأجيب: بأنه سماها زيادة بالنسبة إلى المعاوضة الأولى، وأطلق المثل وأراد به النفس، وهو أحد التأولين في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾ [الشورى: ١١]؛ أي: ليس كذاته شيء.

التأويل الثاني: أن الكاف زيادة.

(ص): **فإن كان المردود مثله منعت الصور كلها؛ لأنه سلف بزيادة**

(ش): يعني: فإن كان المردود عن الفرس فرسًا آخر، مثل الفرس فقد آل أمرهما إلى أنه أسلف فرسًا رد إليه مثله، وكل ما يعطيه مثله فهو زيادة؛ لأجل السلف.

وقوله: (الصور كلها)؛ أي: سواء كان المزيد منقودًا في الحال، أو إلى الأجل الأول أو أبعد منه.

(ص): **والثانية إذا باع حمارًا بعشرة إلى أجل، ثم استردَّه ودينارًا نقدًا لم يجز؛ لأنه بيعٌ وسلفٌ وضع وتعجَّل، وذهب وعرض بذهب متأخر**

(ش): أي المسألة الثانية، وتصورها ظاهر. وذكر لها ثلاثة موانع: الأول: بيع وسلف؛ لأن المشتري تقررت في ذمته عشرة دنانير دفع عنها مُعَجَّلا الحمار - الذي اشتراه - مع دينار؛ ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل عشرة: تسعة عوضًا عن الحمار ودينار عن الحمار، ودينار عن الدينار المتقدم[1].

وقوله: (وضع وتعجل)؛ أي: على تقدير أن يكون الحمار يساوي ثمانية فأقل.

---

(١) قال أبو عمر يدخل في هذا الباب مسألة حمار ربيعة ذكرها ابن وهب عنه في موطئة قال حدثني الليث بن سعد قال كتب إلى ربيعة يقول في رجل باع حمارا بعشرة دنانير سنة ثم استقاله فأقاله بربح دينار عجله له وآخر باع حمارا بنقد فاستقاله المبتاع فأقاله بزيادة دينار آخر عنه إلى أجل فقال ربيعة هذه ليست إقالة لأنه جميعا صار بيعها إنما الإقالة أن يتراد البائع والمبتاع ما كان بينهما من البيع على ما كان البائع عليه. انظر: الاستذكار: ٢٦٩/٦.

وقوله: (وذهب عرض بذهب متأخر)، ظاهر من الكلام الأول. ولا يدخل هنا حط الضمان وأزيدك؛ إذ لا ضمان في العين.

(ص): هذا إذا كان البيع نسيئة، والمزيد عينًا معجلا

(ش): ليس غرضه بهذا الاحتراز عن شيء، وإنما هو الحكم المتقدم، ولكن ذكره ليرتب عليه ما بعده.

(ص): فإن كان مؤخرًا عنه، أو إلى مثله، أو دونه امتنع؛ لأنه دين بدين، إلا أنه في جنس الثمن إلى الأجل جائز؛ لأن حقيقته بيعه بالبعض

(ش): اسم (كان) عائدٌ على المزيد؛ يعني: بشرط أن يكون من العين، سواء كان مماثلا أو مخالفًا، ويَدُلُّك على أن مراده العين قوله بعد ذلك: (فإن كان المزيد غير عين)[1].

فإن قيل: لم لا يعود الضمير في (كان) على العين المزيدة مع الحمار، سواء كان من جنس الثمن أو لا؟ قيل: لو أراد بذلك، لقال: كانت؛ لتأنيث العين.

وقوله: (دين بدين)؛ أي: فسخ دينٍ في دينٍ.

وقوله: (**إلى مثله**)؛ أي: إلى الأجل نفسه.

وقوله: (إلا)، استثناء من الممتنع؛ أي: إلا أن يكون المزيدُ من جنس الثمن إلى الأجل فهو جائز، كما لو باعه حمارًا بعشرة إلى شهر، ثم استردَّه ودينارًا يأخذه عند تمام الشهر. وعلله بقوله: (لأن حقيقته بيعه بالبعض)؛ أي: لأن حقيقة الأمر فيه، ومآله: أنه اشترى الحمار بتسعة دنانير من العشرة ولا محظور فيه.

(خ): وعلى هذا فالصور ستة؛ لأن المزيد له صورتان: موافق ومخالف، وكل منهما إما إلى دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أبعد منه، لا يجوز منها إلا صورة واحدة، وهي التي استثناها المصنف بقوله: (إلا أنه في جنس الثمن إلى الأجل)، وقد يعلل المنع بغير ما ذكره المصنف، فيعلل فيما إذا كان المزيد من غير جنس الثمن الأول بالصرف المؤخر. ويعلل فيما إذا كان المزيد من جنس الثمن الأول إلى أبعد من الأجل بالبيع والسلف. والله أعلم.

(ص): فإن كان المزيد غير عين معجلا جاز، وإلا منع مطلقًا؛ لأنه فسخ دين في دين

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤/ ٢٦٠.

(ش): هذا قسيم قوله: (والمزيد عينًا)؛ أي: وإن كان المزيد مع الحمار عرضًا غير عين، فإن كان معجلا جاز؛ لأنه باع عينًا في الذمة بعرضٍ وحمارٍ، ولا مانع.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن العرض معجلا، بل كان مؤخرًا، وسواء كان إلى الأجل أو أبعد أو أقل منع؛ لأنه فسخ دين في دين؛ أي: لأنه انتقل من الدين الذي له في ذمة المشتري إلى حمار معجل، وعرض مؤخر.

(ص): فإن كان البيع نقدًا لم يقبض، والمزيد مُعجلا جاز كغيره من القضاء، وإلا منع مطلقًا؛ لأنَّه في النقد المثلي بيعٌ وسلفٌ محققٌ، وفي غيره: فسخُ دين في دين أو صرف مستأخر

(ش): مراده (بالنقد): المعجل، لا النقد الذي هو مقابل العرض، يعني: فإن باع الحمار بعشرة دنانير مثلا نقدًا، ولم يقبضها البائع، فأعطاه المشتري الحمار وزيادةً عرضًا عن تلك الدنانير، فإن عجَّل الزيادة التي مع الحمار جاز كغيرها من الصور، وهذا صحيح إن لم تكن الزيادة فضة، فإن كانت فضة فيدخله البيع والصرف، فأجره على ما تقدم، وأطلق المصنف اعتمادًا على ما تقدم، وفي معنى هذه الصورة: ما لو باعه بدراهم يزيدية، ثم استرده مع زيادة محمدية، أو بالعكس[1].

وقوله: (إلا منع مطلقًا)؛ أي: وإن لم يكن المزيد معجلا، بل تأخر امتنع مطلقًا؛ لأنه إن كان المزيد من جنس الثمن الأول، فهو تأخير في بعض ذلك الثمن بشرط، وذلك سلف اقترن بالبيع. وهذا معنى قوله: (لأنه في النقد المثلي بيع وسلف محقق).

وإن كان المزيد غير جنسه، فإن كان عينًا، فهو صرفٌ مستأخر، وإن كان غير عين فهو فسخ دينٍ في دينٍ. فظاهر كلامه: أنه إن كان المبيع أولا نقدًا أنه يختص الممتنع منه بقومٍ دون قومٍ. وقيَّده ابن أبي زيد بأهل العينة؛ لأن البيعة الأولى نقدًا، بخلاف القسم الذي قبله، فيتهم فيه أهل العينة وغيرهم. وخالفه غيره وأبقاه على إطلاقه كالمصنف؛ لأن الفساد هنا أقوى؛ إذ الفساد في البيعة الثانية لا يتوقف على انضمامه إلى الأولى بخلاف بيوع الآجال؛ لأنه إنما يتم فيها الفساد بالبيعتين، وما يتصور فيه الفساد بنفسه أقوى مما يتوقف على غيره.

وقيد ابن أبي زيد أيضًا المنع بأن المشتري لم ينقد العشرة أولا؛ إذ لو نقد لجاز أن يشتري البائع منع معجلا ومؤجلا؛ لأنها بيعة ثانية. وهو ظاهر تقييد المصنف بقوله: (لم

---

(١) انظر: التلقين: ٢/ ٣٩٨.

يقبض). وخالفه غيره ورأى أنَّ المنع يتصور في المسألة وإن نقد؛ لأنَّه يقدر أنه اشترى الحمار بتسعة على أن أسلفه قابضها العاشر إلى الأجل.

(ص): **فإن كانت الزيادة من البائع جاز مطلقًا**

(ش): أي: وإن استرد البائع الحمار الذي باعه على أن دفع البائع للمشتري زيادة، وأخَّر الحمار جاز مطلقًا، سواء كانت البيعة الأولى نقدًا أو إلى أجل، كانت الزيادة من جنس الثمن أو لا.

(ص): **إلا أن تكون مؤجلة من صنف المبيع فيمنع؛ لأنه سلف بزيادةٍ**

(ش): أي: إلا أن تكون تلك الزيادة حمارًا مؤجلا. وهو مراده بقوله: (من صنف المبيع فيمنع)، وعلل المنع بسلف بزيادة؛ أي: يعد المشتري كأنه أسلف البائع حمارًا يقتضيه منه إلى أجل، على إن أسقط البائع عنه العشرة التي له في ذمته، وهذا سلف بزيادة.

(ص): **ويفسخ الثاني من بيوع الآجال باتفاق، دون الأول على الأصح**

(ش): يعني: إذا وقعت بياعات الآجال على الوجه الممنوع، كما لو باعها بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية نقدًا، فقال المصنف والمازري: يفسخ البيع الثاني باتفاق[1].

أي: إن إذا كانت السلعة قائمة، كما يدل عليه كلامه بعد.

فإن قيل: ففي الاتفاق نظر؛ لأنَّ اللخمي حكى عن ابن عبدوس أنها لا تُفسخ، ولكن لا يكون للمشتري الثاني، وهو البائع الأول، إذا حلَّ الأجل إلا ما خرج من يده.

---

(١) ابن بشير : إذا وقعت بياعات الآجال على الصفة المنهي عنها، فإن كانت السلعة قائمة فالمشهور أنه يفسخ البيع الثاني خاصة بناء على أن المنع في بيوعات الآجال للذريعة، وإن قلنا : إنه محرم لنفسه قوي فسخ البيعتين (إلا أن يفوت الثاني فيفسخان) ابن بشير : فإن فاتت السلعة فقيل يمضي بالفوات مراعاة لمذهب الشافعي، وقيل إنه يفسخ وهو المشهور من المذهب (وهل مطلقا أو إن كانت القيمة أقل؟ خلاف) ابن رشد : إن كانت السلعة قائمة صحت البيعة الأولى وفسخت الثانية على قول ابن القاسم، فإن فاتت فالذي تأول التونسي على ابن القاسم أن البيعتين تفسخان جميعا فلا يكون للبائع على المبتاع إلا الثمن الذي دفع إليه.
وذهب عبد الحق تأولا على ابن القاسم أنه إن كانت القيمة أقل من الثمن فسخت البيعتان ولم يكن للبائع على المبتاع إلا الثمن الذي دفع إليه، وإن كانت أكثر من الثمن فسخت البيعة الثانية خاصة وقضى عليه بالقيمة، فإذا حل الأجل أخذ الثمن.وقاله سحنون نصا. انظر: التاج والإكليل: ٨٦/٤.

قيل: قد نازعه المازري - يعني: في نقل هذا القول هكذا - وقال: الذي نقله غيره من هذا القول: أنه يمنع من رد المبيع من يد مبتاعه الآخر، بشرط أن تفوت بيد المشتري الذي هو البائع الأول. أي: فيحتمل أن يقول كقول ابن مسلمة بإمضاء البيعتين مع الفوات كما سيأتي.

وقوله: (دون الأول على الأصح)، وهو قول ابن القاسم في "المدونة"؛ لأن الفساد إنما دار مع الثاني وجودًا وعدمًا. وبالقياس على اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وشبهه.

وقابله لابن الماجشون: فسخ البيعتين، قال: إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة، وإنما وجدها تباع، فابتاعها بأقل من الثمن، فتفسخ البيعة الثانية فقط.

ووجهه: أن الفساد إنما حصل من مجموع البيعتين؛ لاتهامهما أنهما قصدا دفع القليل في كثير؛ ولأنه ظاهر قول عائشة رضي الله عنها أنها أتت أم ولدٍ لزيد بن أرقم ذكرت لعائشة رضي الله عنها أنها باعت من زيدٍ عبدًا بثمان مائة إلى العطاء، ثم ابتاعه بست مائة نقدًا.

فقالت عائشة رضي الله عنها: بئس ما اشتريت أو بئس ما شريت، أبلغي زيدًا أن قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب، فقالت لها: أرأيت إن تركت المائتين وأخذت ست مائة. فقالت: نعم ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وظاهره فسخ البيعتين. ورواه بعضهم: ببئس ما اشتريت، أو: بئس ما شريت على الشَّكِّ من الراوي. وفي هذا الخبر دليل على المنع فيما قُلناه من هذه البياعات.

أبو محمد: ولم تطلق عائشة ما قالته إلا وتحريم ذلك عندها مقرر.

ابن يونس: يريد أن ذلك لا يُعلم قياسًا، وإنما يعلم من طريق التوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم.

وقول من قال من أصحابنا: لعلها إنما قالت ذلك؛ لوقوع البيع إلى العطاء وهو مجهول، ليس بظاهر؛ لأن المنقول عن عائشة جواز البيع إلى العطاء، ولأن آخر الأثر ينافيه.

وضعف بعض الشيوخ هذا الخبر؛ لما فيه من قولها: أبطل جهاده، وظاهره إبطال الذنوب الأعمال، وهو خلاف كتاب الله وحديث نبيه صلى الله عليه وسلم، ومذهب جماعة أهل السنة.

عياض: ووجه تأويل قولها عندي على موضوع كلام العرب، ومجاز لفظها: أنها

رأت أن مقارفة هذا الذنب من مثله، والاقتداء به فيه، واقتداء من يأتي بعده بفعله، ويجعله حجة بين الله وبينه مِمَّا يرجح مجموع هذا في الميزان على جهاده مع النبي صلى الله عليه وسلم.

(ص): **فإن فاتت في يد المشتري الثاني والقيمة أقل فُسِخَا معًا على الأصح**

(ش): الفوات هُنا يكون بحوالة الأسواق وغيرها، كما في البيوع الفاسدة. ونصَّ عليه سحنون هنا. وقيل: إنه لا تفيتها حوالة السوق، وإنما تفيتها العيوب المفسدة أو ذهاب عينها. ونقل أيضًا سحنون وابن كنانة، وإليه ذهب التونسي وغيره؛ يعني: فإن فاتت السلعة بيد البائع الأول، وهو المشتري الثاني: فكانت قيمتها أقل من الثمن الأول، كما لو كانت قيمتها ثمانية والثمن الأول عشرة فسخت البيعتان معًا، ويكون للبائع على المشتري الثمن الذي دفع إليه[1].

وعبَّر بعضهم عن الأصح بالمشهور، ووجهه: أنَّا لو فسخنا الثانية خاصةً، لزم دفع القيمة معجلا، وهي أقل، ثم يأخذها عنها عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منعنا منه ابتداء، بخلاف ما إذا لم تفت، كما تقدم، أو فاتت وكانت القيمة مساويةً للثمن الأول، أو أكثر، فإنا لو فسخنا الثانية بقيت الأولى على حالها، فلا يلزم محظور. وهذا الأصح هو مذهب ابن كنانة وسحنون. وتأول ابن أبي زمنين مذهب ابن القاسم عليه.

والذي نقله اللخمي والمازري وغيرهما عن ابن القاسم فسخ البيعتين مع الفوات مطلقًا؛ لأن البيعتين لما ارتبطت إحداهما بالأخرى صارا في معنى العقد الواحد. وصرح ابن شاس بأنه المشهور.

وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال، ولابن مسلمة رابع: تفسخ البيعة الثانية مع القيام، فإن فاتت السلعة مضت البيعتان؛ للخلاف في جواز هذه البيوع ابتداءً.

ويفهم من تقييده الفوات بأن يكون في يد المشتري الثاني، فإنها لو فاتت في يد

---

(١) ظاهره أي مفوت كان وهو قول سحنون والذي صححه ابن رشد في البيان أنه لا يفوت هنا إلا العيوب المفسدة ونص ابن رشد في البيان واختلفوا بم تفوت به السلعة فقيل : إنها تفوت بحوالة الأسواق فأعلى وهو مذهب سحنون والصحيح أنها لا تفوت إلا بالعيوب المفسدة إذ هو ليس بيع فاسد لثمن ولا مثمن، وإنما فسخ لأجل أنهما تطرقا به إلى استباحة الربا وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي وغيره من المتأخرين. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ٣٧٨.

المشتري الأول لفسخت الثانية خاصة. وهو اختيار الباجي، قال: لم أره نصًّا.

(ص) بيع أهل العينة

(ش): لما فرغ من بيوع الآجال التي لا تَخُصُّ أحدًا، عقبها ببيع أهل العينة؛ لاتهام بعض الناس فيها[1].

والعينة - بكسر العين - وهو: فِعلةٌ من العون؛ لأنَّ البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده. وقيل: من العناء: وهو تجشم المشقة. وقال عياض: سميت بذلك لحصول العين، وهو النقد لبائعها، وهو باعها بتأخير.

(ص): مثل: اشتر لي هذه السلعة وأربحك، فإن سمَّي الثمن وأوجب البيع إلى أجل، فسلف جر منفعة

(ش): أي: فإن قال: اشتر لي وأنا أربحك وسمي الثمن، كما لو قال له: اشترها لي بعشرة، وأنا أشتريها باثني عشرة إلى أجل، فإنه لا يجوز؛ لأنه سلفٌ جَرَّ منفعةً. ولا فرق بين أن يقول: لي وأنا أربحك أو اشتر وأربحك في هذا، نعم بين الصيغتين فرق من وجه آخر سيأتي.

(ص): وإن كان نقدًا فقولان، يجوز بجعل المثل ويمنع

(ش): فإن كان الثَّمنُ الذي أوجَبَا به البيع نقدًا مثل: اشتر لي سلعة كذا بعشرة، وأنا اشتريها منك باثني عشر نقدًا، فقولان: أحدهما: الجواز، ويكون للمأمور جعل المثل.

والثاني: المنع؛ لأنه من بيع ما ليس عندك.

وتبع المصنف في هذه المسألة ابن بشيرٍ وابن شاسٍ.

والصواب جوازُها إن كان النقد من الآمر، أو من المأمور بغير شرطٍ؛ لأَنَّهُ لَمَّا قَالَ لَهُ: اشترها لي ولك كذا، فقد استأجره بدينارين على اشتراء السلعة، وإن كان النقد من المأمور بشرطٍ، فإجارة فاسدة؛ لأنه استأجره بدينارين على أن يبتاع له السلعة، ويسلفه ثمنها من عنده. هكذا نقله ابن رشد وابن زرقون وغيرهما.

---

(١) ابن رشد : من الأوجه المحظورة في بيع العينة أن يقول له اشترها لنفسك أو اشتر، ولا يزيد على ذلك باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقدا فقال ابن القاسم : إن البيع لا يرد إذا فات ولا يكون على الآمر إلا العشرة، وظاهر هذا أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة.
وقال ابن حبيب : يفسخ البيع الثاني على كل حال كما يصنع بالبيع الحرام للمواطأة التي كانت للبيع قبل وجوبها للمأمور، فإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم قبضها الثاني. انظر: التاج والإكليل: ٩٣/٤.

(ص): **وإن لم يُسَمِّ فجعل المثل....**[(١)]

(**ش**): أي: وإن لم يسم الثمن، ولم يوجب البيع، فعلى الآمر جعل المثل. ولم يصرح المصنف بأنها جائزة أو لا.

ونص عياض على المنع إذا قال: اشتر لي وأنا أربحك كذا وكذا، وإن لم يسم ثمنًا، وأنه ربا ويفسخ. وأما إن قال له: اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها، وأشتريها منك من غير تسمية ربح ولا مراوضة، فنص ابن حبيب على الكراهة، وقال: وإن وقع مضى. وكذلك قال مالك: لا أبلغ به الفسخ.

عياض: وكذلك كرهوا أن يقول له: لا يحل لي أن أعطيك ثمانين بمائة، ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون، خذها بمائة.

وقد قسم ابن رشد وعياض وغيرهما العينة على ثلاثة أقسام: جائزة ومكروه وممنوع:

فالجائز أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له: هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك؟ فيقول: لا. فينقلب من غير مراوضة، ولا وأي ولا عادة فيشتريها، ثم يلقاه بعد، فيخبره أنه قد اشتراها، فيبيعها بما شاء منه نقدًا أو نسيئة.

والمكروه: أن يقول: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك وأشتريها منك، من غير مراوضة، ولا تسمية ربح، ولا يصرح بذلك، ولا يعرض، فهذا هو الذي قال ابن حبيب أنه يكره، فإن وقع مضى. وكذلك قال ابن نافع عن مالك كما تقدم.

والحرام: أن يراوضه على الربح، ويسمي الثمن. أو يقول: أنا أشتريها على أن تربحني فيها كذا، أو للعشرة كذا. ابن حبيب: فهذا حرام، قال: وكذلك لو قال له: اشترها لي وأنا أربحك، وإن لم يسم ثمنًا، قال: وذلك كله ربًا ويُفسخ، وليس فيها إلا رأس المال.

وقسم ابن رشد وغيره هذا الممنوع إلى ستة أقسام: ثلاثة في قوله: اشتر لي. وثلاثة في قوله: اشتر. دون أن يقول: لي. فأما الثلاثة الأولى:

فالأولى أن يقول: اشتر لي سلعةً بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها باثني عشر نقدًا. وحكمها كما تقدم: إن كان النقد من عند الآمر أو المأمور بغير شرط فهي جائزة، وإن كان من عنده بشرط، فهي إجازة فاسدة؛ لأنه إنما أعطاه الجعل على أن يسلفه، فهي

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٥٥.

إجازة وسلف، وللمأمور الأقل من الدينارين، أو جُعلُ مثله على مذهب ابن القاسم في السلف والبيع، وعلى قول ابن حبيب: إذا قبض السلف يكون له أجر مثله بالغًا ما بلغ. وقال ابن المسيب: لا أجرة له.

ابن رشد وابن زرقون: وهو الأصح؛ لئلا يكون تتميمًا للفاسد.

الصورة الثانية: أن يقول: اشترها لي بعشرة نقدًا، وأنا اشتريها باثني عشر إلى أجل. وهي الصورة التي ذكرها المصنف أولا.

فهي غير جائزة؛ لأنه سلف بزيادة، ويلزم الآمر؛ لأن الشراء كان له، وإنما أسلفه المأمور ثمنها؛ ليأخذ أكثر منه إلى أجل، فيعطيه العشرة معجلة، ويسقط عنه ما أربى. واختلف فيما يكون له من الجعل على الأقوال الثلاثة.

الصورة الثالثة: أن يقول اشترها لي باثني عشر إلى أجل، وأنا أشتريها بعشرة نقدًا. فهي أيضًا غير جائزةٍ حرامٌ؛ لأنَّه استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه، فينتفع بها إلى الأجل ثم يردها، فيلزم السلعة باثني عشر إلى أجل، ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد، فإن كان قد دفعها إليه صرفها عنه، ولم يترك عنده إلى الأجل، وكأن له جعل مثله بالغًا ما بلغ في هذا الوجه باتفاق.

وأما الثلاث الأخر فهي كهذه سواء إلا في إسقاط لي:

الأولى: اشتر سلعة كذا بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا.

أو قال: وأنا أربحك.

فاختلف فيها قول مالك، فمرَّة أجازه إذا كانت البيعتان نقدًا وانتقد، ومرَّة كَرِهَه؛ للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور.

الصورة الثانية: أن يقول: اشتر سلعة كذا بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجلٍ. فهذا لا يجوز. ابن حبيب: ويفسخ البيع الثاني إن لم تفت، فإن فاتت رُدَّت إلى قيمتها معجلة يوم قبضها معجلة يوم قبضها الآمر، كما يمنع في البيع الحرام؛ لأنه باع ما ليس عنده. وروى سحنون عن ابن القاسم عن مالك إذا وقع مضى، ويلزم الآمر الاثنا عشر إلى أجلها؛ لأن المأمور كان ضامنًا لها. ولو شاء الآمر أن لا يشتريها منه كان له ذلك ويستحب للمأمور أن يتورع، فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد.

الصورة الثالثة: أن يقول: اشترها باثني عشر إلى أجل، وأنا أشتريها منك بعشرة نقدًا، فروى سحنون عن ابن القاسم: أنه مكروه، ويمضي إن فات، ولا يكون على الآمر إلا العشرة.

وظاهر هذه الرواية: أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة.

قال ابن حبيب: يفسخ البيع الثاني على كل حال، وإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم القبض.

تنبيه:

ما تقدم من تقسيم المسألة لثلاثة أوجه قاله غير واحدٍ، وزاد عياضٌ وجهًا رابعًا مختلفًا فيه، وهو: ما اشترى ليباع بثمن بعضه معجل، وبعضه مؤجل، وظاهر الكتاب والأمهات جوازه، وفي "العتبية" كراهته لأهل العينة.

باب الخيار

(ص): **الخيار ترو ونقيصة: فالتروي بالشرط لا بالمجلس، كالفقهاء السبعة، ابن حبيب: وبالمجلس؛ لحديث " الموطأ"...**[1].

(ش): جعل الخيار قسمين؛ لأن موجبه ما من جهة العاقد أو للمعقود عليه. أو يقال: إما أن يكون موجبه مصاحبًا للعقد أو متقدمًا، فالأول فيهما هو: التروي، والثاني فيهما هو: النقيصة، وخيار التروي مستثنى من بيع الغرر؛ للتردد في العقد، لكن أجازه الشرع؛ ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمون، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: لولا الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاز الخيار أصلا، لا في الثلاث، ولا في غيرها[2].

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٥٦.

(٢) هو كما قال ابن عرفة: بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع فيخرج البيع اللازم ابتداء ولكن يؤول إلى خيار بعد الاطلاع على العيب فهذا لم يتوقف بته أولا ويسمى خيار النقيصة، وقد بينا حقيقته عن ابن عرفة فيما سبق بقوله "والبيع" المدخول فيه "على الخيار" للبائع أو المشتري أو أجنبي "جائز" ليتروى في أخذ السلعة أو ردها، والدليل على جوازه ما في الموطإ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار" والإجماع على جوازه، والحديث حجة على من شذ بمنعه، وخيار التروي عندنا إنما يكون بالشرط كما قال خليل: إنما الخيار بشرط أو عادة؛ لأنها عند مالك كالشرط بالمجلس فإنه غير معمول به عندنا، وعند أبي حنيفة، وهو قول الفقهاء السبعة، وقيل: إلا ابن المسيب، وقال الشافعي وأحمد بن حنبل وابن حبيب من أصحابنا: بأن التروي يكون بالمجلس، وسبب الخلاف فهم قوله صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" فحمله الجمهور على ظاهره من التفرق بالأبدان من المجلس، وحمله مالك على التفرق بالقول ويشهد لما قاله إمامنا رضي الله عنه ما في آخر الحديث في قوله: إلا بيع الخيار فإن المتبادر منه أن معناه إلا بيعا شرط فيه الخيار، فلا ينقضي الخيار بالمفارقة بل يبقى بيد من جعل =

وبيعُ الخيار فرع عن بيع اللازم؛ لأنَّ الغالب هو اللازم؛ ولأنَّه إنما يكون بالشرط.

وقوله: (فالتروي بالشرط لا بالمجلس)، تنبيه على خلاف الشافعي في قوله بخيار المجلس ما لم يفترقا، وحكى ابن شاس والمصنف وغيرهما أَنَّهُ قال كقولنا الفقهاء السبعة. وذكر المازري وصاحب " الإكمال": أن سعيد بن المسيب يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة بلا خلاف.

وعلى هذا ففي قوله: (كالفقهاء السبعة)، نظر، وكأن المصنف أضاف - والله أعلم - الحديث لـ (الموطأ)؛ لينبه على أنه لا ينبغي أن يقال: إن مالكًا لم يعلم الحديث، بل علمه ورواه، ونبَّه على أنه إنما ترك لما هو أرجح عنده، فقد قال رحمه الله في "الموطأ " بعقبه: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه.

ابن العربي: يريد أنَّ تفرقهما ليس لها وقت معلوم.

قال: وهذه جهالة يقف البيع عليها، فيكون كبيع الملامسة والمنابذة، أو كبيع على خيار إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد. وإلى هذا التأويل - أعني: أنه قصد أن الحديث مخالف لعمل أهل المدينة - ذهبت المغاربة وبعض البغداديين.

وذهب ابن القصار وَحُذَّاقُ أئمتنا البغداديين إلى أن كلام الإمام راجع إلى آخر الحديث: إلا بيع الخيار؛ أي: ليس لبيع الخيار حد معروف، بل بحسب ما تختبر فيه السلع، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي: أنه ثلاثة أيامٍ في كل شيءٍ.

وقد أكثر أهل المذهب والحنفية من الأجوبة عن هذا الحديث، وقد أتى بأكثرها المازري في "شرح التلقين " وابن دقيق العيد في "شرح العمدة".

(ص): **وحده يختلف باختلاف السلع بقدر الحاجة، ففيها: في الدار الشهر ونحوه، وقيل: والشهران**

(ش): تصوره واضح، وطول زمان الخير في الدار؛ لأنه يحتاج إلى النظر في حيطانها وأساساتها ومرافقها، واختبار جيرانها ومكانها، مع كونها مأمونة لا يسرع إليها التغيير.

وفي قوله: (بقدر الحاجة) إشارة إلى أنه يضرب من الأجل أقل ما يمكن؛ تقليلا

=

له إلى تمام المدة المشترطة ولو تفرقا، وقال مالك في الموطإ بعد ذكره حديث: "المتعاقدان بالخيار ما لم يتفرقا" والعمل عنه على خلافه، وإنما قدم مالك العمل على الحديث الصحيح؛ لأنه خبر آحاد، وعمل أهل المدينة كالخبر المتواتر. انظر: الفواكه الدواني: ١٠٨/٣.

للغرر المذكور.

وما نسبه المصنف لـ "المدونة"، المتيطي: هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه.

والقول بالشهرين في "الموازية" وقاله ابن حبيب في "الواضحة"، ونقل عن ابن القاسم، وقال: والأرضون كلها كذلك.

ابن يونس وابن رشد: والرَّبعُ مساوٍ للدَّار. وجعلا ما في "الموازية" و"الواضحة" من الشهرين تفسيرًا لـ "المدونة"، لا خلافًا كما فعل المصنف.

(ع): وينبغي أن يفترق حكم الدار عن الأرض؛ لأن الحاجة إلى اختبار الدور أكثر.

وفي "الإكمال " عن الداودي أن المدة في الدار الشهران والثلاثة.

وحكى الخطابي عن مالك في الضَّيعة السَّنة.

فرع:

ولا يجوز على مذهب ابن القاسم أن يشترط في الخيار سكنى الدار مدة الخيار؛ لأن اختبار ذلك مما يعرف بالنظر إليها.

وقال غير واحد من شيوخ المذهب: يجوز ذلك في الدار؛ لأنه بذلك يختبر جيرانها، ويعرف الصالح من الطالح.

وقال القابسي واللخمي: إن كان المشتري من أهل المحلة، فلا يُمَكَّنْ مِنْ سُكْنَاهَا؛ لأنه عالم بالجيران، وإن لم يكن من المحلة جاز.

(ص): **وفيها: في الرقيق الجمعة ونحوها، وقيل: شهر؛ لكتمانه عيوبه**

(**ش**): نقل "المدونة" على المعنى، تبعًا لابن شاس؛ لأنها إنما فيها: الجارية، لكن لا فرق، ففيها: والجارية مثل الخمسة أيام والجمعة وشبه ذلك؛ لاختبار حالها.

ابن المواز: وأجاز ابن القاسم الخيار في العبد إلى عشرة أيام.

محمد: وإن وقع في العبد أو الأمة إلى عشرة أيامٍ لم أفسخه، وأفسخه في الشهر. والقول بالشهر رواه ابن وهب عن مالك.

ابن المواز: وأباه ابن القاسم وأشهب.

وقوله: (لكتمانه عيوبه)، يحتمل أن يكون تعليلا لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يكون تعليلا لطول المدة في الرقيق بالنسبة إلى ما يذكره في الدواب والثياب.

فإن قيل: التعليل بكتم العيوب ليس موجودًا في الصغير.

قيل: التعليل بالمظنة، وهو كونه رقيقًا؛ لأن الوقت الذي يكتم فيه عيوبه لا ينضبط، كالمشقة في السفر.

(ص): وفيها: تركب الدابة اليوم وشبهه، ولا بأس أن يشترط البريدين، هذا في الركوب، وإلا فيجوز الثلاثة

(ش): أي: أمد الخيار في الدابة يختلف باختلاف ما يريده المشتري، فإن أراد اختبار حالها بالركوب، فنص ابن القاسم في "المدونة" على جواز اشتراط اليوم وشبهه والبريد[1].

الباجي: يحتمل أن يريد ركوب اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، والبريد والبريدان لمن خرج من المدينة يختبر سيرها.

ونحوه للخمي، قال: إن كان قصدُه معرفة حُسن سيرها، فاليوم وبعض اليوم يجزه من ذلك فحسن، وإن أراد سفرًا؛ ليختبر سيرها وصلابتها فالبريدان في ذلك حسن.

قوله: (ولا بأس أن يشترط البريدين)، هذا الكلام لأشهب في "المدونة".

واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم: البريد، وقول أشهب: البريدين، فحمله بعضهم على البريدين في الذهاب والرجوع وكذلك البريدان.

وقال أبو عمران: البريد للذهاب خاصة، وللرجوع مثله، وكذلك البريدان؛ للذهاب وللرجوع مثلهما. وعلى هذا فيصح اشتراط سيرها يومين؛ إذ ليس كل دابة تمشي أربعة برد من يومها، وإنما تقطع ذلك الدابة القوية. وعلى هذين التأويلين فابن القاسم وأشهب مختلفان.

عياض: وقد يحتمل موافقة القولين، بريد في الذهاب، على قول ابن القاسم، وبريدان أحدهما في الذهاب، والآخر في الرجوع، على قول أشهب.

وإذا تقرر هذا عُلمَ أنَّ نقل المصنف لهذه المسألة ليس كما ينبغي؛ إذ لم يبين أن

---

(١) ويتمهد بالنظر في مقدار مدة الخيار وما يقطعه وما يحدث في مدة الخيار من علة أو جناية أو نحوها النظر الأول في مقدار مدة الخيار واصله الحديث المتقدم لقوله إلا بيع الخيار لأن الاستثناء من النفي إثبات سؤال إذا باع درهما بدرهم أو أحد المتماثلين بالآخر كيف يمكن كيف يكون القول بمشروعية خيار الشرط أو المجلس إن قيل به والخيار إنما شرع لتبيين الأفضل فيؤخذ أو المفضول فيترك والعاقبة في المعاوضة والكل منتف ها هنا فقطعنا بانتفاء العلة فينبغي أن نقطع بانتفاء المعلول وفي الكتاب بيع الخيار جائز في الثوب نحو اليومين وفي الجارية نحو الجمعة لاختيارها والدابة نحو اليوم ويجوز اشتراط سير البريد ونحوه للاختبار وقال غيره البريدين وفي الدار نحو الشهر ويمنع البعيد من أجل الخيار للغرر لأنه لا يدري ما يكون المبيع عند الأجل وقد يزيد في الثمن لأجل الضمان قال صاحب التنبيهات وروي في الدابة والثوب ثلاثة أيام وقول ابن القاسم البريد. انظر: الذخيرة: ٥/٢٤.

الكلام الأول لابن القاسم، ولا أن الثاني لأشهب، ولا هل هو خلاف أو وفاق؟ ولكن ظاهر كلامه الموافقة؛ لكونه ساقهما مساقًا واحدًا.

واختلف هل للمشتري أن يركب الدابة بمقتضى عقد الخيار؛ ليختبر سيرها وحملها من غير أن يشترط ذلك؟ وهو مذهب أبي عمران، أو ليس له ذلك حتى يشترط؟ وهو مذهب أبي بكر بن عبد الرحمن.

عياض: وقول أبي عمران هو الصحيح.

قوله: (وإلا فتجوز الثلاثة)؛ أي: وإن لم يقصد الركوب، بل كان القصد تقليبها واختبار حالها جاز أن يوسع في المدة. نص على ذلك ابن حبيب.

(ص): **وفي الثوب: الثلاثة، ولا يشترط لباسه، بخلاف استخدام الرقيق**

(**ش**): جعلوا الزمان في الثوب كالدابة، وإن كانت الدابة تفتقر في العرف إلى زمن أطول من زمن الثوب؛ لأنه لا يحتاج فيه إلا إلى قياسه ومعرفة الثمن خاصة.

الباجي: لأنه لا يسرع إليه التغير، ولا يشترط لباسه.

قال في "المدونة": لأنه لا يختبر باللبس، كما تختبر الدابة بالركوب، والعبد بالاستخدام؛ لأنه إنما يحتاج إلى قياسه؛ ليعرف طوله وعرضه.

فرع:

فإن شرط لباسه، فقالوا: يفسد العقد، فإذا فسخ لزمه الكراء؛ لأجل اللبس - ابن يونس: بلا خلاف - ولم يجعلوه كسائر البيوع الفاسدة إذا فسخت، فإنه لا يلزم المشتري ردُّ الغلَّة.

وذكر ابن يونس - عن بعض الأصحاب -: أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد، هل ضمانها من البائع أو المبتاع؟ ابن يونس: فعلى أنَّ الضمان من المبتاع لا يكون عليه شيء في اللبس، كسائر البيوع الفاسدة.

وتأمَّل كلام ابن يونس، فإنَّ حكاية الخلاف ثانيًا يُخالف ما حكاه أولا من الاتفاق. وقاله أبو الحسن.

(ص): **ولا يُغَابُ على ما لا يُعرفُ بعينه؛ لأنه يصير تارةً بيعًا وتارةً سلفًا**

(**ش**): يعني: أنه يجوز شراء ما لا يُعرف بعينه على الخيار، كالمكيل والموزون، فإذا اشترى على الخيار لم يجز على شرط غيبة المشتري عليه؛ لأنه إن أمضى البيع فيه كان بيعًا، وإن لم يُمض وجب رده، وقد يكون تصرف فيه، ويرد مثله، فيكون ذلك سلفًا.

ولـم يذكـر المصنف مدّة الخيار كما في "المدونة": ومن اشترى شيئًا من رطب الفـواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يُشاورون في مثل هـذه الأشياء غيرهم، ويحتاجون فيها إلى رأيهم، فلهم من الخيار في ذلك بقدر الحاجة مِمَّا لا يقع فيه تغييرٌ ولا فساد.

وأطلق المصنف في قوله: (ولا يغاب)، ومراده الغيبة بالشرط، وإلا فلو تطوَّع البائع بإعطاء السلعة للمشتري جاز؛ لأن التعليل يرشد إليه؛ لأنه إنما يكون تارة بيعًا، وتارة سلفًا مع الاشتراط كما في الثمن.

فإن قيل: هل يصدق قوله (ولا يغاب) على البائع كالمشتري؟

قيل: ظاهره كذلك. وقد نص في "الموازية" على امتناع غيبة البائع أيضًا على ما لا يُعرفُ بعينه. قال: وليجز عنهما جميعًا. والتعليلُ المذكورُ حاصلٌ، ويقدر كان المشتري التزمه وأسلفه، فيكون بيعًا إن لم يرده، وسلفًا إن ردَّه.

وأجاب بعض الشيوخ أن يبقى عنده، قال: لأنه عينُ شيئه.

فرع:

ولا يجوز في شيءٍ من السلع أن تكون مُدَّة الخيار فيه مجهولةً، فإن عقدا على ذلك كقولهما: إلى قدوم زيد. ولا أمارة عندهم على قدومه، أو: إلى أن يولد لفلانٍ، ولا حمل عنده، أو: إلى أن ينفق سوق السلعة، ولا أوان يغلب على الظن عُرفًا أنها تُنفقُ فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة، فالبيع فاسد.

لكن إن وقع العقدُ على أنه بالخيار، ولم يعين مدة معلومة، ولا مجهولةً فالعقد صحيح، ويحمل على خيار مثل السلعة كما تقدم. ولو زاد مدَّة الخيار على ما هو أمد خيارها فسد البيع.

(ص): والنقد بغير شرط جائز، وفي فساد البيع باشتراطه: قولان

(ش): وقد تقدم نظائر هذه المسألة، والمعروف مع الاشتراط الفساد.

ابن محرز: ومن المذاكرين من يذهب في هذه المسألة مذهب البيع والسلف، ويقول: إذا أسقط البائع الشرط كان البيع جائزًا. وذكر في "المقدمات " أن هذا القول هكذا في "كتاب ابن سحنون"[1].

---

(١) إن كان النقد من عند الآمر أو من عند المأمور بغير شرط فذلك جائز، وإن كان النقد من عند المأمور بشرط فهي إجارة فاسدة لأنه إنما أعطاه الدينارين على أن يبتاع له السلعة وينقد من عنده الثمن عنه فهي إجارة وسلف يكون للمأمور إجارة مثله إلا أن تكون إجارة مثله أكثر من =

(ص): ولو طلب وقفه كالغائب، والمواضعة على المشهور فيهما لم يلزم؛ لأنه لم ينبرم

(ش): يعني: لو طلب البائع وقف الثمن؛ أي: إخراجه من يد المشتري، ووضعه على يد أمين، حتى يتبين مآل أمر البيع هل يتم؟ فيأخذ البائع أو لا؟ فيرجع إلى يد المشتري، والمشهور راجع إلى الغائب والمواضعة، لا إلى الخيار؛ لأنَّ بعضهم حكى في بيع الخيار الاتفاق.

وفرق بينه، وبين الأمة المتواضعة وبيع الغائب بما ذكره المصنف، وهو: أن البيع فيهما قد انبرم، وبيع الخيار لم ينبرم.

وحكى (ع) عن بعض الشيوخ: أنه جعل الإيقاف من حق البائع، وقاسه على الغائب والمواضعة.

(ص): ولو أسقط شرط النقد لم يصح، بخلاف مسقط السلف، وقيل: مثله

(ش): هكذا ثبت في نسخ صحيحة، وهو كالتكرار مع قوله: (وفي فساد البيع باشتراطه قولان)، لكن ذكره لفوائد؛ ليُبَيِّن أن الفساد حاصلٌ على القول به، ولو أسقط الشرط، وأن عدم الفساد على القول به إنَّما هو مع إسقاط الشرط. ويشير إلى أن المشهور من القولين: الفساد ولو أسقط الشرط، ويُشيرُ إلى طلب الفرق بين المسألة على المشهور، وبين مسألة البيع والسلف.

والفرق على المشهور بينه وبين مسقط السلف: أنَّ الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية؛ لأنه غرر في الثمن؛ إذ المقبوض لا يدري هل هو ثمن أو لا؟

ومسألة شرط السلف الفساد فيها موهوم، وخارج عن الماهية.

(ص): وإذا اشترى أو باع على مشورة فلانٍ فله الاستبداد وإن لم يُشاور. وقيل إن كان بائعًا

(ش): يعني: أنَّ مَن اشترى سلعةً أو بَاعها على أن يُشاور غيره، ثُمَّ أرادَ أن يبرم البيع أو الشراء دون مشورةٍ، فإن كان بائعًا فله ذلك اتفاقًا، وكذلك له الاستبداد إن كان مشتريًا على المشهور، على ما حكاه المصنف؛ إذ لا يلزم من الاستشارة الموافقة. ومن

=

الدينارين، فلا يزاد عليهما على مذهب ابن القاسم في البيع والسلف إذا كان السلف من عند البائع وفاتت السلعة أن للبائع الأقل من القيمة أو الثمن وإن قبض السلف. انظر: التاج والإكليل: ٨٩/٤.

حجته أن يقول: هب أني أستشيره، فلا مانع لي من مخالفته. والتحقيق عندهم التسوية بين البائع والمشتري في المشورة والرضا والخيار.

وذكر ابن رشد وعياض: أنه لا خلاف منصوص أن لمشترط المشورة تركها.

قالا: إلا ما تأوله التونسي على " الموازية" أن المشورة كالخيار.

ونقل ابن أبي زيد أن ابن مزين حكى عن ابن نافع: أنه يرى لفظ المشاورة كلفظ الخيار والرضا.

المازري: وتعقب عليه هذا النقل بأن الذي ذكره ابن مزين عن ابن نافع أنه باع على مشورة فلان، على أن فلانًا إن أمضى البيع مضى بينهما. وهذا اللفظ يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف ما إذا كانت المشورة مطلقة. ونحوه للخمي.

وبهذا أيضا رد صاحب " المقدمات " ما تأوله التونسي عن " الموازية" وقال: الذي في "الموازية" إنما هو في مشورةٍ مقيدةٍ. وكذلك قال عياض: إنَّ ما تأوله التونسي غير صحيح.

ولم أر القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة بين البائع والمشتري. ولعله لا حظ أن البائع أقوى يدًا؛ لتقدم الملك.

وفهم من كلام المصنف جواز الشراء على مشاورة فلان، وما في معناه، وهو المشهور.

وروى أصبغ عن ابن القاسم منعه، كمذهب أحمد بن حنبل، ورواه أيضًا سحنون عنه، ثم رجع إلى الجواز. ولعله مبني على أنه رخصه فلا تتعدى المتعاقدين.

(ص): **فإن كان على رضاه، فقيل: مثلها، وقيل: لا يستبد**

(**ش**): أي: فإن اشترى أو باع على رضا فلان.

وقوله: (مثلها)؛ أي: في الخلاف ويحتمل في القول الأول، وهو: الاستبداد، ويرجح هذا بوجهين:

أولهما: إن (ع) قال في الزكاة: إن المصنف إذا شبه مسألة بأخرى، وكان قدم في المشبه بها مشهورًا أو راجحًا، فإنما يشبه فيه فقط.

وثانيهما: أن ما يذكره المصنف بعد هذا في الخيار ينفي أن يكون مراده بالتشبيه: التشبيه في جميع ما تقدم، كما ستقف عليه.

والقول بأنه يستبد في الرضا، سواء كان بائعًا أو مشتريًا، نقله عبد الوهاب عن ابن القاسم، ونقل عنه قولا آخر: أنَّ للبائع أن يخالف خيار من اشترط خياره أو رضاه

دون المشتري.

ابن يونس: ولم يختلف قوله: أن للبائع، أن له أن يخالف وإنما اختلف في المشتري.

قوله: (وقيل ليس له أن يستبد) ظاهره: سواء كان بائعًا أو مشتريًا، وهذا القول هكذا مؤول على "المدونة".

وعلى هذا فيحصل في كل من الرضا والخيار ثلاثة أقوال، ثالثها: يستبد البائع دون المشتري.

والفرق ظاهر "المدونة"؛ لأن فيها: إذا اشترى على رضا فلان أو خياره فليس للمبتاع رد ولا إجازة، دون خيار من اشترط رضاه. وقال في البائع: إذا اشترط رضا فلان فرضي فلان، أو رضي البائع فالبيع جائز.

(ر): وحمل ابن أبي زيد وغيره "المدونة" على هذا الظاهر؛ لقوة يد البائع وتقدم ملكه.

عياض: وذهب جماعة في تأويل "المدونة" إلى التسوية بينهما، وأنه ليس لواحد منهما خلاف، ورأوا أنَّه لَمَّا نَصَّ فيها على أنَّ المُشترِي ليس له المخالفةُ، يُرَدُّ كلامُه في البائع إلى ذلك. ويكونُ معنى قوله: أو رضي البائع، أي: مع رِضا الآخرِ.

وذهبَ آخرون إلى التَّسوية بينهما أيضًا، لكنهم يجعلون من له الرضا كالوكيل لهما، وأنَّ لمشترطٍ رضاهُ الرضا دونه، لكنهم يقولون: إن سبق من جعل له الرِّضا بالرِّضا أو الرد مضى فعله ولم يرد، كالوكيل مع موكله، اشترطا ذلك معًا أو أحدُهما. ونحوه في "الموازية"، وهو اختيار ابن محرز، وأشار إليه أبو إسحاق في البائع، ويلزمه ذلك في المبتاع. واستدلُّوا بقوله في "المدونة": فإن رَضِي البَائِعُ أو رَضِيَ فُلانٌ فهو جائز. وفيه نظر.

وقال آخرون: هو حق لهما جميعًا، حق للبائع إن أراد إمضاء البيع، وأراد البائع الرد. ومثله: إذا كان مشترطًا لفلان المبتاع، وأراد الآخر الرد فله ذلك وإن رد فلان، وكذلك إن أراد فلان الإجازة وأراد المبتاع الرد، وكان للبائع إلزامه البيع، ففي اشتراط المبتاع على هذا يلزم البائع رضا المبتاع، ويلزم المبتاع رضا فلان، وفي اشتراط البائع يلزم المبتاع رضا البائع، ويلزم البائع رضا فلان.

تأول آخرون كلام المسألتين في الموضعين على اختلاف من قوله، لا أنهما اختلاف مسألتين، فعلى ظاهر قوله في البائع أولا: له مخالفته، يلزم مثله في المبتاع.

وعلى قوله: في المبتاع، إلى آخره لا يخالفه التفريق بين اشتراط البائع والمبتاع، وهذان القولان هما اللذان حكاهما عبد الوهاب.

ومنهم من تأوَّل جوابه في المسألة الأولى: أن البائع اشترط ذلك لنفسه خاصة.

وجوابه آخرًا في المشتري: أن الشرط لهما جميعًا، ونحوه لأبي محمد بن أبي زيد وغيره من القرويين. وهو الأصل عند الحُذَّاق، وهو نص ما في "الواضحة " واختيار ابن لبابة.

ومنهم من قال: إن (أو) في قوله: (فإن رضي البائع أو رضي فلان البيع)، بمعنى: الواو.

ومنهم من تأولها على الفرق بين الرضا والخيار، فإن اشترط رضا فلان فله أن يخالفه، وإن اشترط خياره فليس له أن يخالفه.

(ص): **فإن كان على خياره فقيل: مثل رضاه، وقيل: لا يستبد، وقيل: الجميع سواء**

(**ش**): هذا مما يبين لك أنه لم يرد بالتشبيه التشبيه في جميع ما تقدم؛ لأنه لو أراد ذلك لاستغنى عن قوله: (وقيل: لا يستبد).

وعلى هذا فيكون المصنف إنما شبه الرضا بالمشورة في القول الأول، وهو: الاستبداد؛ لأنه أصل المذهب، ثم حكى قولا ثانيًا في الرضا لنفي الاستبداد، ثم شَبَّه الخيار بالرضا في القول الأول، وهو: الاستبداد، ثم حكى قولا ثانيًا، وهو: نفي الاستبداد.

ثم قال: (وقيل: والجميع سواء)، فيُستفاد من قول ثالث في المشورة بنفي الاستبداد، ويستفاد فيها قولٌ ثالثٌ بالفرقِ بين البائع والمشتري.

هذا أنسب ما قيل، وفيه نظر؛ لأنَّه كان يمكنه أن يجمع الرضا والخيار والمشورة، ويذكر في الجميع ثلاثة أقوال.

ونقل عن أبي على ناصر الدين أنه كان يعتذر عنه: بأنَّ ما ذكره طرق الأقوال. وفيه نظر؛ لأنهم لم يذكروها طُرُقًا، ولا إشكال في وجود الثلاثة الأقوال في الرضا والخيار.

وأما المشورة فقد ذكرنا أن ابن رشد وغيره حكيا الاتفاق، وذكرنا أنَّا لم نطلع على القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة فيها. نعم يتحصل فيها ثلاثة أقوال على ما نقله المصنف من التفرقة، وعلى ما نقله ابن أبي زيد عن ابن نافع، لكن قد قدمنا الاعتراض عليه في ذلك.

(ع): والصواب التسوية بين البائع والمشتري.

والصواب: التفرقة بين شرط المشورة والرضا، وأن الخيار كالرضا.

(ص): وفيها: الخيار بعد البت لأحدهما لازم، وقيد إن كان نقدًا، وإلا أدَّى إلى خيار بيع الدين، وفي ضمانه حينئذٍ قولان

(ش): قال فيها: ومن اشترى سلعةً من رجلٍ، ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع، فلذلك يلزمهما إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بيعٌ مؤتنف، بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع.

وقيدها بعض الشيوخ بشرط أن يكون انتقد الثمن في سلعة[1]، وإلا لم يجز ذلك؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ عن دين وجب له سعلة بخيار، وذلك ممنوع. وإليه أشار بقوله: (وقيد إن كان نقدًا، وإلا أدى إلى خيار بيع الدين)؛ أي: بيع الدين بخيار.

وأبقى اللخمي "المدونة" على ظاهرها من الجواز مطلقًا. فعلى هذا يكون هذا القيد مخالفًا " للمدونة " ولهذا يقع في بعض النسخ: وقيل باللام في هذه الطريقة. والنسخة الأولى أحسن؛ لأنها طريقة الأكثر.

ووجه ما ذهب إليه اللخمي: أن القصد بهذا التخيير إنما هو تطييب نفس من جعل له، وليس المقصود منه حقيقة البيع، حتى يلزم عليه هذا المانع المذكور، ولأن البيعة الأولى قد تَمَّت، وإذا جعل المشتري لبائعها الخيار، فقد صار المشتري كبائع سلعة على الخيار. وكأنها شيء ثان لا تعلق له بالأول.

وقوله: (وفي ضمانه حينئذ قولان). أي: أنه اختلف في ضمان المبيع على خيار بعد بيعه على البت، ففي "المدونة": هو من المشتري؛ لأنه صار بائعًا.

ابن يونس والمازري وغيرهما: وظاهرها سواء جعل البائع الخيار للمشتري، أو العكس.

قالا: وروي عن المخزومي أنه قال: إن جعله البائع للمشتري فالضمان منه؛ لأنه خيار ألحقه بعقده، فكأنه فيه، وإن جعله المشتري للبائع فالضمان منه؛ لأنه صار بائعًا.

وعلى هذا فإن جعله المشتري فالضمان منه اتفاقًا، وإن جعله البائع فقولان، بناء على أن الملحقات بالعقود هل تعد واقعة فيها أو لا؟ فقد أطلق المصنف في محل التقييد.

---

(١) وقيدنا بكونه بعد البت للاحتراز عن بيع الخيار فإن ضمانه من البائع، ولو قبضها المشتري؛ لأن البيع الصحيح إذا وقع على خيار الضمان فيه من البائع لما لا يغاب عليه كغيره إن قامت بينة على تلفه أو ضياعه كما قدمنا. انظر: الفواكه الدواني: ١١٧/٣.

(ص): **والملك للبائع، فالإمضاء نقل لا تقرير، وقيل: أو للمشتري فالعكس**

(ش): يعني: أن المشهور أن بيع الخيار منحل، والسلعة على ملك البائع، فإذا أمضى البيع كان ذلك نقلا للسلعة إلى ملك المشتري.

والشاذ أنه منبرم، والإمضاء تقرير لما انبرم أولا.

(ص): **والغلة للبائع؛ إذا الخراج بالضمان**

(ش): أي: ما يحدث في أيام الخيار من غلة كلبن وبيض وثمرة ونحو ذلك، فهو للبائع؛ لما رواه الترمذي وصححه أنه صلى الله عليه وسلم قال: "**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**"(١).

والضمان من البائع اتفاقًا.

ولا يقال: الاتفاق على الضمان يرد قول من قال: إن الملك قد انتقل؛ لأن الملك لم ينتقل للمشتري انتقالا تامًا، فيبقى الضمان مستصحبًا من البائع. قاله المازري.

وهذا الحكم عام في أنواع الغلة إلا في الصوف، فإنه للمشتري؛ لكونه كان موجودًا يوم البيع. نصَّ عليه اللخمي، وهو ظاهر، وقد أشار إليه المصنف بقوله:

(ص): **فلو ولدت الأمة فأمضى، فقال ابن القاسم: يتبعها كالصوف، وقال أشهب: كالغلة فيفسخ، وقيل: أو يجمعان في ملك، وقيل: أو في حوز**

(ش): يعني: لو باع أمة على خيارٍ، فولدت في أيام الخيار، وأمضى من له الخيار البيع، فقال ابن القاسم: الولد للمشتري كصوف الغنم. وهو مُقْتَضَى كلامه في "الجواهر"، وعلل ذلك: بأن الصوف مشترى؛ لأنه إذا اشترى كبشًا وعليه صوف، فكأنه اشتراهما.

وقال أشهب: بل يكون للبائع كالغلة.

فإن بَنَيْنَا على قول ابن القاسم فلا تفريع، وإن بنينا على قول أشهب، فهل يفسخ أو يجبر على الجمع بينهما؟

قولان، بناءً على أنَّ مَا أَوْجَبَهُ الحكمُ، هَلْ هُو كَالمَدْخُولِ عَلَيْهِ أو لا؟

وعلى الأوّل فهل يكفي الحوز؟ وهو ظاهر كلام أشهب، أو لا بُد من الملك؟ قولان.

ابن محرز: والصحيح الملك. ابنُ بَشيرٍ: وَهُو الأصلُ.

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٨٥) وقال: حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ.

ومُقْتَضَى كلامِه أنَّ أشهب يُوافقُ على الصوفِ، وإلا لما حَصَلَ لاستشهاده به كبير فائدة.

وَكَانَ مِنْ حَقِّ المصنف أن يُؤَخِّرَ القولَ بالفسخ، ويقدم القولين بعده؛ لأنهما تُؤُوِّلا على قول أشهب، فهما من تمام قوله السابق، والقول بالفسخ لغيره، لكن ممن وافقه على أن الولد للبائع.

وتعقب فضل بن سلمة وابن أبي زمنين هذه المسألة من حيث إن الأمة ولدت في أيام الخيار، وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة، وبيع الحامل المقرب لا يجوز.

وأجاب فضل بن سلمة: بأن البائع لم يخبر المشتري بحمها، فلم يدخلا على الفساد.

ورده المازري بأن حمل المرأة لا يكاد يخفى قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة.

ورده أيضًا ابن محرز وعياض: بأن المشهور أنَّ علم أحد المتبايعين بالفساد يُوجب فساد البيع.

وأجاب ابن محرز والمازري: بأن المرض عند ابن القاسم وأشهب - وإن بلغ الخوف على صاحبه - لا يمنع من صحة بيع المريض، وإنما يمنع إذا بلغ السياق.

وحاصله: أن بيع الأمة المقرب صحيح. وقد تقدم أن الأصح صحته.

وأجاب عياض: بأنه يمكن أن يكون باعها في آخر الشهر السادس، وولدت في أول السابع. وفيه نظر؛ لحمل المسألة على معنى نادر.

وعارض الباجي قول ابن القاسم هنا، بأنه قال فيمن اشترى عشر جوارٍ من مائة يختارهن فلم يختر حتى وضعن: لا يكون له خيار في الأمهات، وَيُفْسخ البيع للتفرقة. فجعل الولد لبائع هنا، وفي الأول للمشتري، وكلا العقدين مدخول فيه على خيار.

وأجيب: بأن مسألة "المدونة" وقع فيها على معين بخلاف الأخرى.

وقال في مسألة العشر الإماء: أنه لا يفسخ، ويكون الولد للبائع، ويجمع بينهما في ملك أو يباعان.

(ص): وَمَا يُوهبُ للعبد للبائع، وقيد في غير المستثنى ماله

(ش): يعني: إذا وُهب للعبد المبيع بالخيار مالٌ في مدة الخيار فهو للبائع. قاله في "المدونة". وقيده ابن الكاتب وأبو بكر بن عبد الرحمن بأن يُباع بغير ماله، وأما لو بيع

بماله لتبعه هذا المال الموهوب، كما يتبعه ماله المشترط لأجل الشرط[1].

(ص): وما يعد رضا من المشتري فهو رد من البائع، قال اللخمي: قد يُؤَخِّر البائع؛ لأنَّ الغلات له، ولا يُعدُّ رَدًا

(ش): أخذ رحمه الله يتكلم على ما يَدُلُّ على الرِّضا، ونقل ابنُ شاس هذا الضابط عن سحنون، قال: قال سحنون: وكل ما يعد من المشتري قبولا، يريد: والخيار له.

اللخمي: ولا يجري ذلك مطلقًا؛ لأنَّ الغلات للبائع. وإذا آجره أو أسلمه للصنعة فإنما فعل ما هو له، فلا يكون ذلك رضا بخلاف المشتري، فإن الإجارة في حقه دليل على الرضا.

ابن بشير: وهذا الذي قاله اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طَوَّل الإجارة أو مدة التعليم، فَيُظهر مع هذا أَنَّهُ قصد الرد.

وقوله: (وما يعد)، يريد من الفعل؛ لأن القول لا يُقال فيه: يُعَدّ؛ لدلالته وضعًا، فلا يرد عليه قول المشتري: أمضيتُ البيع ونحوه، فهو رضًا منه بالشراء، وكذلك هو أيضًا من البائع رضًا.

(ص): ويكون بتركٍ أو فعلٍ، فالترك: الإمساك عَمَّا يدل إلى انقضاء المدة

(ش): (يكون)؛ أي: الرضا أو يعود عليهما في قوله: (وما يعد)، فإن قلت: قوله: (ويكون بترك أو فعل)، يدل على أن الترك يدل عليه الرضا، وقوله بعد ذلك: (فالترك: الإمساك عما يدل)، يقتضي أن الترك لا يدلُّ عَلَى الرضا، فيلزم أن يكون الترك دليلا على الرضا، وغير ذلك دليل عليه.

قيل: متعلق (يدل) محذوف؛ للدلالة عليه؛ أي: الإمساك عما يدل من قول أو فعل،

---

(1) من المدونة : لو جنى على الأمة أجنبي في أمد الخيار فقطع يدها وأصابها ذلك من أمر الله تعالى فللمبتاع ردها ولا شيء عليه أو يأخذها معيبة بجميع الثمن والأرش للبائع وعليه طلب الجاني، وما وهب لها أو تصدق به عليها في أيام الخيار فللبائع، وعليه نفقتها في أيام الخيار.
وعبارة عبد الوهاب في فروقه : روى ابن القاسم أن الولد إذا حدث في أيام الخيار كان للمشتري إن اختار الإمضاء، وإن وهب لها مالا أو جرحت فأخذ عوضا لذلك الجرح لم يكن له إذا اختار الإمضاء والجميع ما وجد في أيام الخيار ثم بين الفرق بينها (إلا أن يستثني ماله) ابن الكاتب : فيما وهب للجارية في أيام الخيار إنما يكون للبائع إذا لم يشترط المبتاع مالها، وأما لو اشترطه لكان ما وهب لها بمنزلة مالها المشترط قياسا على من كاتب عبده على أنه بالخيار فوهب للمكاتب مالا في أيام الخيار أنه إن مضت الكتابة فالمال يكون تبعا للعبد كماله الأول الذي كان له قبل عقد الكتابة. انظر: التاج والإكليل: ١٢١/٤.

وتقييد الدلالة بالقول أو الفعل أخصُّ من مطلق الدلالة، فلم ينف عن الترك الدلالة مطلقًا.

وقد صرَّح بذلك ابنُ شاس فقال: فأما التركُ فمثل إمساكه عن القول والفعل الدَّالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تنقضي مدةُ الخيار.

قوله: يؤول؛ أي: يصير، و(يدل)، أصح من يؤول.

(ص): وهو اختيار لها ممن هي في يده، وإلا فالعكس

(ش): يعني: أن إمساك السلعة إلى انقضاء مدة الخيار اختيار لها بالرد، إن كانت في يد البائع والخيار له، وإمساكها إلى انقضاء المدة اختيار لأخذ السلعة إن كانت بيد المشتري والخيار له.

(وإلا فالعكس)؛ أي: وإن لم تكُن في يد من له الخيار، وأمسك من له الخيار عَمَّا يدل إلى انقضاء المدة فالعكس، أي: لا يكون مختارًا لها، فإذا كان الخيار للبائع والسلعة في يد المشتري. وأمسك عن الصفة المذكورة، كان ذلك اختيارًا لعوض السعلة فهو إمضاء، وإذا أمسك المشتري عما يدل على الصفة المذكورة والخيار له، والسلعة في يد البائع فهو اختيار الثمن ورد السلعة.

(ص): فلذلك كان اختيارًا منهما لمن هي في يده

(ش): أي: فلما قلناه: مِنْ أنَّ إمساك السلعة اختيارٌ **لها لمن هي في يده**، وبالعكس كان الإمساك اختيارًا من كل واحد من المتبايعين إذا كان الخيار لهما.

فلأجل الطرد والعكس كان سكوتهما مِمَّا يرد البيع، وإن كانت بيد المشتري فهو اختيارٌ لهما معًا بإمضاء البيع.

والفرق بين هذا، وبين ما تقدم: أن الأوَّل أفاد الحكم إذا كان الخيار لأحدهما، والثاني أفاد الحكم إذا كان الخيار لهما.

(ص): وفي رده بقربه: قولان

(ش): أي: وفي رد المبيع بخيار بقرب انقضاء المدة وعدم رده، والأول في "المدونة" ففيها: وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار، أو كالغد، أو قرب ذلك **فذلك** له، واحتج بالتلوم للمكاتب.

والقول بأنه ليس له ذلك بالقرب لأشهب ولابن الماجشون، قالا: وبغروب الشمس من آخر أيام الخيار ينقطع الخيار؛ لأن المؤمنين عند شروطهم.

وعلى المشهور فإن شرط في بيع الخيار إن لم يأت بالسلعة قبل غروب الشمس

من آخر أيام الخيار لزم البيع، ففي "المدونة": لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان[١].

ولكن عورض ذلك بقوله في "المدونة" - في غير موضع -: إذا اشترط البائع على المبتاع إن لم يات بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا أنَّ العقد صحيح والشرط باطل.

وعارض الأشياخ إحدى هاتين المسألتين بالأخرى، وخرجوا من الثانية الخلاف في الأولى وإن كان بعضهم فرَّق بينهما بفرق، فليس بالقوي.

والقول الثاني عند (ع) أظهر، وهو الذي اقتضاه الشرط، وسببهما الخلاف فيما قرب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟

(ص): **والفعل مثل: العتق والكتابة والوطء والاستيلاد وقصد التلذذ وتزويج الأمة**

(ش): لما فرغ من بيان الترك شرع في **الفعل**، ولا خلاف في دلالة العتق والكتابة وتزويج الأمة والوطء على اختيار من له الخيار من المتبايعين، وفي معنى الكتابة: والتدبير والاستيلاد والعتق إلى أجلٍ.

وقوله: (وقصد التلذذ)، إذا أقر بذلك، ففيها: وإن كان الخيار للمبتاع فجردها في أيام الخيار ونظر إليها، فليس ذلك رضًا، إلا أن يُقرَّ أنه فعل ذلك تلذذًا.

قال: ونظر المبتاع إلى فرج الأمة رضًا؛ لأن الفرج لا يُجرد في الشراء، ولا ينظر إليه إلا النساء، ومن حل له الفرج.

(ص): **وكذلك رهن المبيع وإجارته وإسلامه للصنعة وتزويج العبد والسوم**

---

(١) المناسب أن يقول حال العقد مفهومه أنه إذا كان ظن بلوغه أو لم يظن شيئا ثم رشد أن الحكم ليس كذلك وأنه لا يلزمه بقية المدة برشده وسكت عما إذا بلغ سفيها وقوله، وأما في سلعه لا يخفى أن موضوعه أنه ظن عدم بلوغه، وأما إذا ظن بلوغه أو لم يظن شيئا فالحكم ليس كذلك، والحاصل أنه تارة يظن بلوغه أثناء مدة الإجارة وتارة يظن عدم بلوغه وتارة لا يظن شيئا وفي كل إما أن يعقد على نفسه أو على سلعه فهذه ستة وفي كل تارة يبلغ سفيها وتارة يبلغ رشيدا فهي اثنا عشر فإن ظن بلوغه أو لم يظن شيئا فمتى بلغ رشيدا يخير في الفسخ والإبقاء عقد على نفسه أو على سلعه فهذه أربعة وإن بلغ سفيها فينبغي إذا كان على سلعه لا على نفسه فيخير فهذه أربعة أيضا، وأما إذا ظن عدم بلوغه فإن بلغ سفيها فلا خيار له فيها إذا كان على سلعه، وأما إذا كان على نفسه فيلزمه إن بقي كالشهر ويسير الأيام فهذه اثنتان، وأما إن بلغ رشيدا فإن كان في سلعه فيفصل فيه إن بقي ثلاث سنين لزمه وإن بقي أكثر لا يلزمه وإن كان على نفسه فإن بقي كالشهر لزمه مثل ما إذا بلغ سفيها. انظر: شرح خليل على الخرشي: ١٣٣/٥.

بالسلعة، خلافًا لأشهب في أنه يحلف ما كان ذلك رضًا

(ش): الأفعال ثلاثة أقسام:

الأول: متفق على أنه يعد رضًا، وهو ما تقدم.

والثاني: لا يعد رضًا باتفاق، كاختبار العمل.

والثالث: مختلف فيه، وهو الذي ذكره المصنف هُنا؛ أي: المشهور أن هذه الخمسة دالةٌ على الرضا بإمضاء البيع إن كانت من المشتري، أو رده إن كانت من البائع، ولا يُقبل قوله: أنه لم يرد بذلك رضًا، قاله في "المدونة".

وخالف أشهب، فروى أن ذلك لا يدل على رضا بعد يمينه، لكن ذكر في "المدونة" يمينه على ثلاثة منها فقط، قال فيها: ولم ير أشهب الإجارة وتزويج العبد والرهن والسوم والجناية وإسلامه العبد للصناعة رضًا، بعد أن يحلف في الرهن والسوم والجناية وإسلامه العبد للصناعة رضًا، بعد أن يحلف في الرهن والإجارة وتزويج العبد[1].

لكن في "الموازية" عنه النص على اليمين في الجميع. ولا يخفى عليك الفرق بين تزويج الأمة والعبد على قوله. وقول أشهب ظاهر في السوم والإجارة والإسلام للصنعة إن كانت مدة ذلك تنقضي في مدة الخيار، وبعيد في الرهن والتزويج.

(ص): وأما بيع المشتري، فقيل: الربح للبائع، وقيل: يخير فيه وفي نقضه، وضعف، وقيل: يصدق مع يمينه أنه باع بعد أن اختار

(ش): أطلق الأفعال المتقدمة، ولم يضفها لبائعٍ ولا لمشترٍ؛ إشارة إلى أن الحكم متَّحِدٌ فيهما، وقيد مسألة البيع بالمشتري؛ لأن هذه الأقوال لا تتصور إلا فيه.

ومعناه: أن المشتري لو باع والخيار له، قبل أن يخبر البائع باختياره، أو يشهد على اختياره، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الربح للبائع. نقله اللخمي عن ابن المواز.

---

(١) قال عبد الباقي : وهو ظاهر من جهة المعنى وهو توافقه مع المشتري على أن يرد له المبيع، وعلل أيضاً بأنها ثمن السلف وهو حرام محرم، وفي وثائق ابن مغيث عن القابسي أن حكمه قبل انقضاء أجل الثنيا حكم البيع الصحيح فالغلة فيه للبائع لأنه بمنزلة الرهن وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة اهـ. أي : فالغلة فيه للمشتري وليس في هذا البيت زيادة على ما أفاده الشطر الذي قبله إلا ما أفاده من الخلاف والتعميم في نفي الغلة نصاً وجريان العمل. انظر: البهجة شرح التحفة: ١٠١/٢.

ثانيها - رواية ابن زياد في "المدونة" - : أن بيعه ليس باختيار، ورب السلعة بالخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع.

وطرح سحنون التخيير من هذا القول، وصوب ابن يونس طرح سحنون، قال: لأنَّه إنما يتهم أن يكون باع قبل أن يختار. فيقول له البائع: وقد بعت ما في ضماني، فالربح لي، وليس له نقض البيع؛ لأن بيع المبتاع لا يسقط خياره، فلو نقض البيع لكان له أخذ السلعة بمقتضى الخيار.

وهذا التضعيف هو الذي أراده بقوله: (وضُعِّفَ)، وإنما يتم هذا التضعيف إذا كانت أيام الخيار لم تنقض، وأما إن انقضت فالمشتري لا يمكنه أخذ السلعة بعد النقض.

ثالثها - حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو لابن القاسم في بعض روايات "المدونة"، وفي "الموازية" -: أنه يصدق مع يمينه إن كذبه صاحبه.

وظاهر كلام المصنف، وهو ظاهر الروايات: أنها يمين تهمة تتوجه على البائع، وإن لم يحققها. وقال في "النوادر": يريد بعلم يدعيه. ونحوه لابن يونس وكان الشيخ رحمه الله يرى أن قوله في الرواية: إن كذبه صاحبه يناسب أنها دعوى محققة. زاد في هذا القول: وإن قال: بعت قبل أن أختار، فالربح لربه؛ لأنه في ضمانه. وصوبه اللخمي؛ لأن الغالب فيمن وجد ربحًا لا يدفعه لغيره.

(ص): **ولا يقبل أنه رد أو اختار لفظًا، إلا ببينة**

(ش): فإن ادَّعى من له الخيار بعد انقضاء المدة أنه كان قد رضي، فلا يقبل ذلك إلا ببينة تشهد له بصحة دعواه؛ لأنه ادعى شيئًا الأصل عدمه.

(ص): **فإن طرأ مانع ففي الموت ينتقل إلى وارثه، وليس لمن اختار التمسك إلا بالجميع**

(ش): أي: فإن طرأ على مشترط الخيار ما يمنعه منه. والموانع ثلاثة، وبدأ بالموت، وانتقاله إلى الورثة ظاهر؛ لأن (من مات عن حق فلورثته).

المازري: فإن مات المشتري، وترك وارثًا واحدًا يحوز المال، فإنه يحل محله، فيخير بين قبول المبيع كله أو رده، فإن ترك ورثة، فاتفقوا على قبول أو رد فذلك لهم، وإن اختلفوا في الرد والإمضاء، فحق البائع أن يمنع التبعيض في صفقة باعها على الكمال، فإن رضي به، وقبل نصيب من رد، فله مطالبة من التزم بنصيبه من الثمن. ولا مقال هنا للملتزم للشراء؛ لكونه قد وصل إلى غرضه، واستكمل جميع حقه في الميراث، وإن لم يرض البائع بالتبعيض كلف من أجاز أن يرد ما في يده؛ ليكمل جميع

المبيع لبائعه. هذا هو القياس عند أشهب والاستحسان عنده: أن يمكن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من رد، ويدفع جميع الثمن للبائع؛ لترتفع العلة التي شاكها من التبعيض.

لكن القياس أن البائع لما رد عليه الممتنع من الإجازة لنصيبه، عاد إلى ملكه على ما كان، فلا يلزمه بيعه إلا ممن أحب. وهذا التفصيل يجري في موت المشتري والبائع. انتهى.

وقوله: (وليس لمن اختار التمسك إلا بالجميع)، يحتمل القياس والاستحسان؛ لأن (الجميع) يحتمل أن يريد به جميع الورثة، (والباء) للمصاحبة؛ أي: ليس له أن يختار التمسك إلا مع اختيار جميع الورثة، وهو القياس.

ويحتمل أن يريد (بالجميع) جميع السلعة، وهو الاستحسان. وهذا تقرير هذا المحل.

ولا يقال: لعل المصنف أراد بقوله: (وليس لمن اختار)، إلى آخره: أن من اشترى سلعًا ثم أراد الإجازة، فليس له أن يتمسك إلا بجميعها؛ لأن السياق ينفيه.

واعلم أنه إنما نص في "المدونة" - على ما ذكرنا من القياس والاستحسان - في ورثة المشتري، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين ورثة البائع والمشتري، ولعله بنى على كلام المازري المتقدم. وهي إحدى الطريقين؛ لأن الشيوخ اختلفوا: هل يدخل القياس والاستحسان في ورثة البائع؟

فمنهم من قال: يدخل ويتنزل الراد من ورثة البائع منزلة المجيز من ورثة المشتري، فيدخله القياس، وهو: أنه ليس له إلا نصيبه، والاستحسان، وهو: أن له أن يأخذ نصيب أخيه المجيز؛ لأن الذي أراد الإجازة من ورثة البائع، قد رضي بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن عنه، فإذا قال الذي أراد إبطال البيع: أنا آخذ منك نصيبك، وأعطيك الثمن الذي أردته ودعوت إليه، كان ذلك له، كما للمجيز من ورثة المشتري أن يأخذ نصيب أخيه الراد. وإلى هذا ذهب ابن أبي زيد في غير " المختصر".

وقال بعض القرويين: لا يدخله الاستحسان، وليس لمن رد أن يأخذ نصيب من أجاز؛ لأن من أجاز إنما للأجنبي، لا لأخيه.

تنبيه:

أقام الشيخ أبو محمد صالح - على ما نقله عنه أبو الحسن - من قوله: "أنَّ الخِيار يُورَث " أنَّ الثُّنيا - أي: الجائزة - تورث؛ وهي: إذا قال المشتري بعد تمام البيع: إن

جئت بالثمن فسلعتك رد عليك. أعني: إذا مات المتطوع له بها.

واختلف إذا مات المشتري الذي تطوع بالثنايا هل يلزم ذلك ورثته؟ وهو قول أبي إبراهيم. أو لا يلزم ورثته؟ وهو قول أبي الفضل راشد، واختاره أبو الحسن.

واحتج أبو إبراهيم بما نقله ابن يونس من " الموازية" في الذي قال لأمته: إن جئت بألف درهم فأنت حرة، فمات أن العتق يلزم ورثته إن جاءتهم بالألف.

أبو الحسن: ولا حُجَّة فيه؛ لأن هذه قِطَاعَةٌ، وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة. وفي "المستخرجة " عكسه: أن العتق لا يلزمهم. وذكر ابن الهندي فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله، وإن مات المطلوب، ثم مات الطالب بعده أن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير. وهو يدل على أن الثُّنايا لا تلزم ورثة المشتري.

(ص): وفي الجنون ينظر السلطان

(ش): أي: إذا جُنَّ من له الخيار من بائعٍ أو مشترٍ، فإنَّ الحاكم ينظر في ذلك، فيفعل المصلحة من رد أو إمضاء، ولا خلاف فيه، قاله (ع).

(ص): وفي الإغماء يوقف فإن طال فسخ، وقال أشهب: كالجنون

(ش): تصوره واضح.

وقوله: (فإن طال فسخ)؛ أي: وليس له أن يجيز.

وقول أشهب مُقيَّدٌ ببقاء أمد الخيار، ولا يتعين الرد.

ووقع لابن القاسم في العرصة المعارة يريد المعار هدمها، والمعير غائب: أن السلطان ينظر؛ فإن رأى النقض لرب العرصة بقيمته ملقى، فذلك له. فعارضها بعضهم بقوله هنا، وقال: يجب - على قوله في العرصة - أن يكون له هنا إجازة البيع، كقول أشهب[1].

ابن يونس: ويمكن أن يفرق بينهما: بأنَّ الإغماء الغالب زواله عن قرب والغائب قد تطول غيبته فكان كالمجنون والصبي.

(ص): خيار النقيصة. وهو: نقص يخالف ما التزمه البائع شَرطًا أو عُرفًا في زمان ضمانه

(ش): هذا هو النوع الثاني، و(ما) موصولة، أو نكرة موصوفة. وقوله: (شرطًا أو

---

(١) قال ابن القاسم : من أغمي عليه في أيام الخيار انتظرت إفاقته، ثم هو على خياره إلا أن يطول إغماؤه أياما فينظر السلطان، فإن رأى ضررا فسخ البيع وليس له أن يمضيه بخلاف الجنون والصبا وإنما الإغماء مرض. انظر: التاج والإكليل: ١١٩/٤.

عُرفًا)، بيانٌ لموجب الالتزام. والأولى أن يقول: ما ثبت بنقصٍ؛ إذ النقص سببٌ للخيار، لا نفس الخيار، فلا ينبغي أن يعرف الخيار بالنقص.

فإن قيل: لعله عرف المضاف إليه، وهو النقيصة، كَأَنَّهُ قال: والنقيصة التي تُوجبُ الخيار نقصٌ إلى آخره. قيل: لو قصد ذلك لقال: وهي.

وقد يُقال: إعادةُ الضمير إليها باعتبار معناها، وفيه بُعْدٌ.

فَإِنْ قُلْتَ: هو تعريفٌ غير جامع؛ لأنَّ خيار النقيصة يكون أيضًا بتقديرٍ فعلي، ولم يذكره، وقد ذكره ابن شاس، فقال: ما ثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو تقدير فعلي.

قيل: هو راجع إلى الشرطي، ألا ترى أن قوله بعد ذلك: والتقدير الفعلي كالشرطي.

لكن قد يقال: إنه غير جامع من وجه آخر؛ لأنَّ عيوب الدار بخلاف ما التزمه البائع، ولا توجب خيارًا.

وأجيب: بأنه لا يرد هذا على القول بأنها توجب الخيار كغيرها، وعلى القول الآخر، فهذا على غير القياس، وفيه نظر.

وقوله: (في زمان ضمانه)؛ أي: النقص المذكور لا بد أن يكون حاصلا في الزمان الذي يضمن فيه البائع المبيع للمبتاع[1].

---

(١) قد تقدم أن البيع ينقسم باعتبار ما يعرض له إلى أقسام وأن من جملة ذلك ما يعرض له من جهة لزوم العقد للمتبايعين وعدم لزومه لهما أو لأحدهما فيسمى الأول بيع بت والبت القطع لكل واحد خيار صاحبه ويسمى الثاني بيع خيار والأصل في البيع اللزوم والخيار عارض وينقسم إلى خيار ترو وإلى خيار نقيصة؛ لأنه إما من جهة العاقد أو من جهة المعقود عليه فإن كان من جهة العاقد بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما فهو خيار التروي ويسمى الخيار الشرطي، والتروي النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه وإن كان موجبه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق فهو خيار النقيصة ويسمى الخيار الحكمي. وقد يقال إما أن يكون موجب الخيار مصاحبا للعقد أو متقدما عليه والأول هو التروي؛ لأنه بشرط أحد المتبايعين حين العقد، والثاني خيار النقيصة؛ لأن العيب الموجب للخيار هو القديم السابق على العقد.

وبدأ المصنف كغيره بالكلام على القسم الأول أعني خيار التروي وهو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء وهو كما قال ابن عرفة: بيع الخيار بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع فيخرج ذو الخيار الحكمي قال في التوضيح وهو مستثنى من بيع الغرر للتردد في العقد لا يسمى في جانب من لا خيار له؛ لأنه لا يدري ما يؤول إليه الأمر لكن أجازه الشارع ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمون ولينفي الغبن عن نفسه قال الشافعي: "لولا =

(ص): **فالشرطي: وما يؤثر في نقص الثمن، كصانع وكاتب وتاجر**

(ش): لما قسمه أولا إلى قسمين، تكلم على الأول، والظاهر من الشرطي ما يشترطه المشتري. وفي "البيان": إذا نادى الذي يبيع الجارية في الميراث أنها عذراء، أو غير ذلك، ثم وجد خلافه، كان له الرد، فنزلوا هذا منزلة الشرط.

(ص): **فإن شرط ما لا غرض فيه، ولا مالية فيه، أُلغي على المعروف**

(ش): كما لو اشترط أنه أمي فوجده كاتبًا، أو جاهل فيجده عالمًا. ومقابل المعروف ذكره صاحب " البيان " وابن زرقون، فلا التفات إلى قول ابن بشير: لا أعلم فيه خلافًا، وقد يجري الخلاف فيه على وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد.

(ص): **وما فيه غرض، ولا مالية فيه، فيه روايتان**

(ش): هذا يتصور في حق بعض الناس، كما لو اشترى أمةً على أنها نصرانية، فوجدها مسلمة، وقال: أردت أن أزوجها غلامي النصراني، أو اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرًا، وقال: علي يمين ألا أطأ بكرًا، واشترط جنسًا، فوجدها من جنسٍ آخر أرفع منه.

وقد ذكر ابن بشير وابن شاس القولين، قال في "البيان": والصحيح أن له الرد عملا بالشرط.

وحصل صاحب " البيان " وابن زرقون فيه وفي الذي قبله ثلاثة أقوال: الأول - لسحنون -: أن له الرد.

والثاني - مخرج على رواية ابن نافع في مسلم عن نصرانية نكحته على أنه نصراني -: أنه لا خيار لها، فأحرى أن يقول ذلك في الأمة.

والثالث - في سماع عيسى -: إن كان له وجه رُدَّتْ به، وإلا فلا. ومثله في "المدونة".

(ص): **والعُرفي: ما تقتضي العادة بأنه إنما يدخلُ على السَّلامة منه مِمَّا يُؤثِّر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف أو خوفًا في العاقبة**

(ش): (ال) في العرفي للعهد؛ أي: والنقص العرفي. و(مِن) في قوله: (مِنْهُ)؛ لبيان الجنس.

=

الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاز الخيار لا في ثلاث ولا في غيرها" انتهى. انظر: مواهب الجليل: ٣٠٢/٤.

ومعنى كلامه: والعيب العرفي الذي تقتضي العادة الدخول على السلامة منه.

وقوله: (في نقص الثمن)؛ أي: من غير نقصٍ في المبيع، كَمَا لَو وجده آبِقًا أو سارقًا.

(أو في المبيع)؛ أي: من غير نقص في الثمن كالخصاء في العبد.

(أو في نقص التصرف)، كالعسر والتَّخَنُّث في العبد.

(أو خوفًا في العاقبة)، كجذام أحد الأبوين؛ إذ يُخشى عليه حينئذٍ الجُذَامُ.

(ص): **فالعمى والعور والقطع ونحوه متفق عليه**

(ش): لم ذكر ضَابطًا كُلِّيًا شرع في تعداد عيوب؛ ليكون كالمثال لما ذكره، وهو ظاهر.

(ع): وهذا الاتفاق إنما يصح في بيع الغائب، وأما الحاضر فقد يدخله بعض هذا الخلاف من اختلافهم في العيب الظاهري: هَل للمُشْتَرِي القيام به أو لا؟ ويمكن أن يريد المصنف الاتفاق على كون هذه الأشياء وشبهها عيوبًا، لا على ودوب القيام بها.

(ص): **والخصاء عيب**

(ش): يعني: في العبد، وهو ظاهر[1].

(ص): **وسقوط ضرسين عيب، والواحدة في العلي عيب**

(ش): تصوره ظاهر، وخص الأضراس تبعًا للباجي والمازري، ولعلَّ ذلك على جهة المثال؛ لأنَّ سقوط سنين مطلقًا عيب، ففي "الواضحة": وما زاد على السن الواحدة، فهو عيب في كل العبيد، ما كان في مقدم الفم أو مؤخره.

وفي قوله: (والواحدةُ في العليِّ) نَظَرٌ مِن وجهين:

أحدهما: تخصيص الأضراس.

---

(١) قال ابن عرفة: والخصاء والجب والرتق والإفضاء انتهى. وقال في الشامل: الخصاء، وإن زاد في ثمنه والخصاء ممدود.ص: (واستحاضة) ش: في العلي والوخش قال في التوضيح: وهو ظاهر المذهب، وهو الصواب انتهى. وقال في الشامل وقيد: إن ثبتت عند البائع فأما إن حاضت حيضة استبراء، ثم استمرت فهو من المبتاع، ولا رد انتهى. وقال ابن عرفة الباجي: روى محمد مدة الاستحاضة التي هي عيب شهران انتهى. ص: (ورفع حيضة استبراء) ش: قال في التوضيح مالك: وللبائع أن يفسخ البيع لأجل النفقة انتهى. وقال في الشامل: ولا ترد في الأيام اليسيرة، ولم يحد مالك شهرا، ولا شهرين، وعنه ارتفاعه شهرين عيب، وقيل: شهر ونصف، وقيل: أربعة أشهر، وقيل: ينظرها النساء بعد ثلاثة انتهى. فإن لم يكن بها حمل حل له وطؤها، فإن لم يطأها حتى طال طولا يظن معه أنها ممن لا تحيض فهو عيب انتهى. انظر: مواهب الجليل: ٤/٣٣٥.

والثاني: ظاهره أَنَّهُ مُطلقٌ في الأمة والعبد، وهو خاص بالرائعة.

(ع): وأطلق المصنف في العلي، وظاهِرُه: سواءٌ نقص من الثمن أو لم ينقص، إلا أن يُقال: كلامه هذا إنما هو مثالٌ لما ينقص من الثمن.

قال: في "الموازية": ولا يردُّ إذا وجد سِنُّه منزوعةً، إلا أن يكون ذلك في الجارية الرائعة، وينقص ذلك من ثمنها.

وفي "الواضحة": السن الناقصة عيبٌ في الرائعة في مُقدم الفم أو مُؤخَّرة، وليست في الأمة الدنيئة، ولا عيبًا إلا في مقدم الفم. فأنت تراه لم يجعل السن الواحدة عيبًا في الذكر.

ابنُ حبيب: والسن الزائدة عيبٌ في الأمة والعبد، رفيعين كانا أو وضيعين.

والوخشُ في الرقيق: الخسيسُ، مأخوذ من قولهم: وخشتُ الشيء آخشه وخشًا إذا خلطته، فكأن الوخش لا يُعرفُ لخساسته؛ إذ هو من اختلاط الرقيق، وأصله الحقير في كل شيءٍ.

و (العلي) - بفتح العين وكسر اللام مخففة وتشديد الياء -: صفة للجنس؛ أي: من الجنس العلي. الجوهري: وفلان من علية الناس، وهو جمع رَجُلٍ عَلِيّ؛ أي: شريف رفيع، مثل صبي وصبية. وكذا ذكره عياض، قال: بكسر اللام وبتشديدها، والأول أشهر.

(ص): **والحمل فيهما، وقال أشهب: في العلي**

(ش): حاصله: أنه اتفق على أن الحمل عيب في العلي، واختُلف في الوخش، وما قَدَّمه المصنف هو مذهب "المدونة"، قال: وقاله لنا مالك - رحمه الله - حين خالفني ابن كنانة في الوخش.

ولابن القاسم ثالثٌ: أَنَّهُ عيبٌ في الوخش إن اشترى جاريةً وحدها، لا إن اشتراها في جملة رقيق.

ولابن حبيبٍ رابعٌ: أَنَّهُ عيبٌ لأهل الحاضرة، دون أهل البادية.

(ص): **وفيها: كونها زلاء ليس بعيب، وقيد باليسير**

(ش): الزَّلاءُ - بالمد -: الصغيرة الإلية، ولا بد من التقييد باليسير، ولهذا قال في "الموازية": إلا أن تكون ناقصة الخلق. وروى أشهب: الصغيرة القبل ليس بعيب، إلا أن يتفاحش.

(ص): **والشيب الكثير في العلي عيبٌ، وفي القليل فيه، والكثير في غيره قولان**

(ش): أي: لا خلاف في الكثير أنه عيب في العليِّ، ولا في اليسير أَنَّهُ ليس بِعَيْبٍ

في الوخش.

واختلف في القليل في العلي، فظاهر "المدونة" أنه عيب.

وقال ابن عبد الحكم: ليس بعيب. وكذلك في "الواضحة " عن مالك. وَجَوَّزْ الباجي أن يكون تقييدًا لـ "المدونة".

وأما الكثير في غير العلي، فظاهر "المدونة" أنه ليس بعيب، قال فيها: ولا تُرَدُّ بِهِ غير الرائعة، إلا أن يكون ذلك عيبًا يُنقِصُ من ثمنها.

وقيل: إن كان الشَّيبُ كثيرًا رُدَّت لا إن قَلَّ، إلا أَنْ يكون بَائِعُهَا قد عَلِمَ بذلك، فكتمه تعمدًا، فَيُرَدّ، وإن كان قليلا. ابن المواز: وذلك كُلُّهُ في الشَّابَّةِ.

(ص): **والاستحاضة عيبٌ فيهما**

(ش): أي: في العلي والوخش، وهذا ظاهر المذهب، وهو الصواب؛ لأنَّها تضعف الجسم.

وعن ابن القاسم: يسأل عن الدينة، فإن كان عيبًا يُنقصُ من الثمن رُدَّتْ به، قال: وهذا إذا ثبت استحاضتها عند البائع، وَأَمَّا الموضوعةُ للاستبراء تَحيضُ حيضةً لا شَكَّ فيها، ثُمَّ تستمر مُستحاضة فمن المشتري، ولا تُردُّ، وقاله أشهب؛ أي: لاحتمال أن تكون حدثت بها.

قال في "الموازية": والاستحاضة التي ترد بها شهران.

وارتفاع الحيضة في ذات سنةٍ عيبٌ، قاله في "المدونة". وَعَلَّلَهُ اللَّخمي؛ بأنَّ ذلك صلاح لأجساد النساء، وهو يشمل العلي والوخش، وفي العلي وجه آخر، وهو: منع الوطء[1].

وأفتى ابن عتَّاب: بأنه عيب في الوخش.

وعن ابن القاسم أنه عيب في العلي فقط. قال في "المدونة": وإن تأخر حيضها - قال في الأمهات: شهرين أو ثلاثة - فذلك عيب.

---

(١) قال ابن عرفة ابن حبيب: كونها لا تحيض إلا بعد أشهر عيب، ولو ابتاعها في أول دمها؛ لأنه إن باعها لا يقبض ثمنها إلا بعد ثلاثة أشهر.

الثاني: قال ابن عرفة: ولا شك أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء، ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تحركا بينا يصح القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر فإذا شهدت امرأتان أن بها حملا بينا لا يشكان فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر، ولم ترد فيما زاد على ذلك. انظر: مواهب الجليل: ٣٣٥/٤.

ولأشهب: أنها لا ترد إلا فيما زاد على ثلاثة أشهر.

ولسحنون وغيره: تُرَدُّ بخمسةٍ وأربعين يومًا.

مالك: وللبائع أيضًا أن يفسخ البيع؛ لأجل نفقته.

(ص): **والبول في الفراش في الوقت المستنكر عيب**

(ش): أي: في الذكور والإناث، قاله ابن حبيب عمن كاشفه من أصحاب مالك.

ومراجه (بالوقت المستنكر): الزمان الذي لا يبول فيه الصغير غالبًا. قال معناه ابن حبيب. واحترز من البول في زمان الصغر، فإنه لا يستنكر، وليس بعيب.

ابن حبيب: ولا يثبت أنه عيب حتى يقيم المبتاع بينة أنها كانت تبول عند البائع؛ لأنه مما يحدث في ليلةٍ فأكثر، فإن لم تكن بينة حلف البائع على علمه، ولا يحلف بدعوى المبتاع حتى توضع بيد امرأةٍ، أو رجُلٍ له زوجة فيذكران ذلك، ويقبل قول المرأة، والرجل عن زوجته في ذلك، وتجب اليمين على البائع، وليس ذلك بمعنى الشهادة. ولو جاء المشتري بقوم ينظرون مرقدها بالغدوات مبلولا، فلا بد من رجلين؛ لأنه بمعنى الشهادة، لم يحلف البائع.

(ص): **وفيها: التخنث في العبد، والفحولة في الأمة إن اشتهرت عيب، فقيل: التشبه فيهما، وقيل: الفعل**

(ش): التفسير الأول لابن أبي زيد، فقال: تشبيه الذكر بالأنثى بتكسير المعاطف، وتشبيه الأنثى بالذكر بفحولة الكلام.

الثاني لصاحب " النكت"، فقال: قوله: إذا وجد العبد مخنثًا؛ أي: يُؤتى، والمرأة مذكرة، أي: فحلة كشرار النساء، فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب. وهكذا وقع لمالك في "الواضحة"، وصرح بأن التشبيه ليس بعيب.

وجعل عبد الحق " الواضحة " مفسرة لـ "المدونة". وهي على تفسير ابن أبي زيد خلاف.

واحتج أبو عمران للأول بأنه لو أراد الفعل لكان عيبًا، ولو مرةً واحدةً، ولا كان يحتاج إلى قيد الاشتهار في الأمة. أبو عمران: وإنما خص بهذا القيد الأمة، ولم يجعل الرجل مشاركًا لها فيه؛ لأن التخنث في العبد يضعفه عن العمل، وينقص نشاطه، والتذكير في الأمة لا يمنع جميع الخصال التي في النساء، ولا ينقصها ذلك، فإذا اشتهرت بذلك كان عيبًا؛ لأنها ملعونة في الحديث.

وجعل في "الواضحة " قيد الاشتهار عائدًا على الأمة والعبد.

عياض: ورأيت بعض مُختصري "المدونة" اختصرها على ذلك.

(خ): وينبغي أن يقيد كلام عبد الحق وما في "الواضحة " بالوخش، وأما الجارية الرفيعة فالتشبيه فيها عيب؛ إذ المراد منها التأنيث. وقاله عياض.

(ص): والزعر عيب

(ش): الجوهري: الزعر: قلة الشعر[1].

وفرض المسألة في "المدونة" فيمن اشترى أمةً فوجدها زعراء العانة.

ابن سحنون: لأن الشعر يشد الفرج فإن لم يكن شعر استرخى.

قال في "الموازية": وكذلك إن لم ينبت في غير العانة فهو عيب. ابن حبيب: وهو مما يتقى عاقبته من الداء السوء.

وقال سحنون: ليس هو في غير العانة عيبًا.

وحمل بعضهم الأول على أنه تفسير لـ "المدونة". بعض الموثقين الذكر والأنثى فيه سواء.

(ص): والثيوبة ليست بعيب، إلا فيمن لا يفتض مثلها

(ش): إذا وجدها ثيبًا وهي في السن من توطأ، فقال سحنون في "العتبية": ليس ذلك بعيب، كانت من عَلِيِّ الرقيق أو وخشه.

قال في "البيان": لأنها محمولة حينئذٍ على أنها قد وُطئت، وإن كانت في سن من لا توطأ فوجدها مُفتضةً، فذلك عيب؛ لأنها محمولة في هذا السن على عدم الوطء.

وظاهر كلام المصنف أنَّه لا فرق في ذلك بين الرائعة والوخش، وليس بظاهر، فإن الذي في "المتيطية " وغيرها، ونص عليه ابن القاسم وسحنون: أن ذلك عيب في الرائعة فقط.

قال في "البيان": لأن وطء الوخش لا ينقص من الثمن، إلا أن يشتريها على أنها غير مفتضة بشرط. قال: وهذا قائم من "المدونة".

---

(١) وفي كتاب محمد : وكذلك الزعر في غير العانة عيب : محمد : يريد إذا لم ينبت في ساقيها وسائر جسدها.

ابن حبيب : وهو مما يتقى عاقبته من الداء السوء (وزيادة سن) في الواضحة : زيادة السن الواحدة عيب في العلي والوخش من ذكر أو أنثى (وظفر) الباجي : العيوب ضربان : أحدهما يثبت بالخيار بغير شرط وهو قسمان : قسم ينقص في عينه كالعمى والعور وقطع يد أو أصبع والظفرة في العين ابن عرفة : الظفرة لحم نابت في شعر العين. انظر: التاج والإكليل: ١٣٦/٤.

(ص): **والعسر عيب**

(**ش**): العسر - بفتح العين المهملة وفتح السين - الجوهري: وهو الذي يعمل بيساره. ابن حبيب: وهو عيب في العبد والأمة رفيعين أو وضيعين. ابن المواز كالعثار في الدابة.

(ص): **والأضبط ليس بعيب**

(**ش**): الجوهري: "الأضبط الذي يعمل بكلتا يديه، تقول منه ضبط الرجل - بالكسر - يضبط، والأنثى ضبطاء، وقال في موضع آخر: وأما الذي يعمل بكلتا يديه فهو أعسر يسر، ولا يقال: أعسر أيسر، وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعسر يسرًا.

ابن حبيب: وليس **بعيب** إذا كانت اليمنى في قوتها والبطش بها بحال من لا يعمل باليسرى، فإن نقصت فهو عيب.

(ص): **والزنى وشرب الخمر والبخر عيب**

(**ش**): وقوله: (عيب)، أي: مطلقًا في العلي والوخش. المتيطي: وسواء كان البخر في الفم أو الفرج. قال غيره: وهو في الفرج عيب في "الرائعة " فقط.

وفي "الموازية": في الأمة توطأ غصبًا، أن ذلك عيب.

(ص): **والوالدان والولد عيب، والأخوة والأجداد ليس بعيب**

(**ش**): أي: أحد الوالدين عيب، وأحرى اجتماعهما، والولد عيب، صغيرًا كان أو كبيرًا، حرًّا أو رقيقًا؛ لأنَّ وجود أحدهم مِمَّا يشغله عن خدمة سيده، وإنما لم يكن **الأخوة والأخوات** والأجداد عيبًا؛ لعدم الميل لهم كما فيمن تقدم.

المتيطي: وانفرد ابن العطار فرأى الأخ عيبًا.

ونقل صاحب " الجواهر " و(ر) عن بعض أصحابنا المتأخرين أنه ألحق الجدة للأم بالوالدة، دون الجدة للأب.

(ص): **وجذام الأب عيب بخلاف مس الجان**

(**ش**): مراده بـ (**الأب**): الجنس، فيدخل الجد، وصرح به في "الموازية" و"العتبية" و"الواضحة " ولفظ " الواضحة": وإن كان أحد أبويها أو جديها مجذومًا، فهو عيب في **الجارية** والعبد والعلي والوخش. وهذا هو المشهور.

وقال ابن كنانة: **ليس بعيب**، ورواه داود بن جعفر عن مالك.

وقال ابن دينار: لا يرد به، إلا أن يقول أهل العلم: أنه مرض يعم الأقارب، حتى لا

يخطئ أحدًا منهم فيرد، وإن كان ربما أصاب، أو لم يصب فلا يرد به.

وأمَّا مَس الجان فظاهر؛ إذ لا يخشى منه ما خشي من الجذام.

(ص): **وفي سواد الأب في العلي: قولان**

(ش): مراده بالأب أيضًا: الجنس، فيدخل الجد، ففي "الموازية" و"العتبية": أنه ليس بعيب.

وفي "الواضحة" هو عيب؛ لما يخاف من خروج ولدها أسود.

والأولى لو قال: الرائعة كما في الرواية؛ لأن العلي يصدق على الذكر.

(ص): **وكونهما من زنًا في العلي عيب، وفي الوخش قولان**

(ش): الضمير عائد على الأمة والعبد، والقول: بأنه لا يرد في الوخش في "الموازية" وبالرد لابن القاسم في "المدونة"، وابن وهب.

ولم يجعل صاحب " البيان " العلي محل اتفاق، بل جعل القول بالفرق ثالثًا.

(ع): وقيل في الوخش: الفرق بين الذكر والأنثى، وهو ظاهر ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

(ص): **والقلف في الذكر والأنثى من المولودين، وطول الإقامة كذلك إلا الصغير**

(ش) (القلف) - بفتح القاف واللام - الجوهري: رجل أقلف بين القلف، وهو الذي لم يختن. قال: ويقال: أغلف بالغين المعجمة.

واستعمل المصنف القلف في الذكر والأنثى؛ أي: أن متروك الختان ومتروكه الخفاض إذا وُلدا في الإسلام أو في العجم، ولكنهما طالت إقامتهما بين المسلمين كذلك، وأما إذا لم تطل فليس بعيب؛ لدخول المشتري على ذلك[1].

---

(١) عني أن الرقيق إذا كان مولودا ببلد الإسلام أو طويل الإقامة بين المسلمين، واطلع المشتري على ترك ختان الذكر وخفاض الأنثى فإنه يكون عيبا حيث فات وقته منهما بحيث يخشى مرضه بسببه إن فعل بهما، وإلا فليس بعيب، وأما من هو بفوز القدوم من غير طول إقامة عندنا فليس ترك ما ذكر عيبا بل اطلاعنا على فعله عيب خوفا من كونهما من رقيق آبق إليهم أو أغاروا عليه فقوله قلف بفتح القاف واللام، وهو ترك ختان الذكر، وترك خفاض الأنثى المسلمين فأما أن يكون استعمل القلف فيهما تغليبا أو يكون خفاض محذوفا من الثاني معطوفا على قلف كما ذكرنا، وفهم مما قررنا أن المؤلف ترك قيدين، وهما كونهما مسلمين، وفات وقت ختانهما، وترك شرطا ثالثا، وهو كون طول إقامتهما في ملك المسلم، وكون المولد منهما ولد في ملك مسلم، وعليه فشرط الرد بعدم الختان في الذكر والأنثى إذا ولدا ببلد الإسلام أن يولدا في ملك مسلم، وأن يكونا مسلمين وأن يفوت وقت ختانهما، وشرط الرد فيمن لم يولد ببلد الإسلام أن =

بل نص ابن حبيب على أنه لو وجد المجلوبين مختنين، على أنه عيب؛ لما يخاف أن يكون أغار عليهم العدو، أو أبق إليهم من رقيقنا. وقال به ابن القاسم.

وروي عن ابن القاسم أيضًا: أن ذلك ليس بعيب.

قال في "البيان": والأول أصح في المعنى، وأشبه في النظر.

واستثنى المصنف الصغير كما ذكر ابن حبيب؛ لأنه لم يفت ذلك فيه، فلا يكون عيبًا.

وكذلك لو كان العبد والأمة نصرانيين، فإنهما لا يُردَّان بترك الختان والخفاض. قاله ابن حبيب.

وقوله: (كذلك)؛ أي: ككونهما من زنًا، فيكون القلف عيبًا في العلي، وفي الوخش قولان. وذكر في "البيان " ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يُردُّ به الرفيع والوضيع من الغلمان والجواري. قاله ابن حبيب في "الواضحة".

الثاني: لا يرد بذلك إلا الرفيع منهما. وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

الثالث - وهو الصحيح في القياس والنظر -: أنَّه لا يُفرَّق في الختان بين رفيعٍ ولا وضيعٍ، بخلاف الجواري ففي الخفاض.

(ص): ولو قالت: أنا مُستولدةٌ لم تحرم، لكنه عيبٌ يلزم المشتري أن يُبيِّن إذا باع

(ش): يعني: لو اشترى ثم قالت - وهي بيد المبتاع -: أنها أم ولد للبائع، لم تحرم بذلك على المبتاع؛ لأنَّها مدعية، وتُتَّهَمُ أيضًا على إرادة الرجوع إلى البائع، لكنه عيب يجب لربه الرد على البائع، فإن رضي به ثم أراد بيعها لزمه البيان؛ لأن النفوس تكره الإقدام على مثل هذا.

قال في "البيان": وكذلك له أن يردها إذا قالت ذلك في عهدة الثلاث أو الاستبراء، لقول مالك: إنَّ ذلك عيبٌ يجب عليه البيان إذا باعها؛ لأنَّ ما حدث من العيوب في العهدة والاستبراء ضمانه من البائع. وبذلك أفتى ابن لبابة وابن مزين وعبيد الله بن

=

يكون مسلما، وأن تطول إقامته في ملك المسلم، وأن يفوت وقت ختانه فإن فقد شرط من شروط من ولد ببلد الإسلام أو شرط من شروط من لم يولد به لم يرد بوجوده غير مختون فإذا أسلما ببلد الحرب، وطالت إقامتهما به فإنهما لا يردان بترك الختان بل وجودهما مختونين عيب. انظر: شرح خليل للخرشي: ٤/٢٩١.

يحيى ونظراؤهم. وقع ذلك في "أحكام ابن زياد " خلاف ما روى المدنيون عن مالك: أن ذلك ليس بعيب؛ إذ لا يقبل ذلك منها.

وقد روى داود بن جعفر عن مالك نحوه: إذ سرق العبد في عهدة الثلاث رد بذلك، وإن أقر على نفسه بالسرقة لم يرد؛ لأنه يتهم على إرادة الرجوع إلى سيده. ومعنى ذلك عندي: إذا كانت سرقته التي أقر بها مما لا يجب القطع فيها. انتهى.

(ص): وفيها: **في الصدع في الجدار وشبهه إن كان يخاف على الدار أن تنهدم رد به، وإلا فلا**

(**ش**): نسبها لـ "المدونة" لإشكالها؛ للتفريق في الدار بين العيب اليسير والكثير، والأصل في العيب أن يرد به مطلقًا.

والضمير في (شبهه) يحتمل أن يعود على الصدع أو على الجدار.

وظاهر قوله: (إن كان يخاف على الدار)، أنه لو خيف على حائط لم ترد، وبه صرح اللخمي، عياض: وهو ظاهر الكتاب.

بخلاف ما ذهب إليه عبد الحق وابن سهل وغيرهما، وتأولوا أنَّه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه أنه يجب الرد. وقد قيل: إنما يرد لخوف هدم الحائط إذا كان ينقص الدار كثيرًا.

عياض: وهو صحيح المعنى، أرأيت لو كان الحائط الذي هو واجهة البيت لا يمكن سكنى الدار إلا بعد إصلاحه.

واستدل من لم ير له الرد بهدم الحائط: بأن الحائط لو استُحق لم يكن له رد، فكيف إذا كان به صدع؟

وفَرَّق الآخرون بأنَّه: في الاستحقاق لا ضرر عليه؛ لأنَّه يأخذ قيمته بخلافه هنا، فإنه يضطر إلى بنائه والنفقة فيه.

عياض: ولم يختلفوا فيما قطع منفعة من منافعها - كتهور بئرها أو غور مائها، أو فساد مطهر من مرحاضها أو تعفن قواعد بئرها أو وُجود ماء بئرها مالحًا في البلاد التي ماء آبرها حلو، وشبه ذلك -: أنه عيب يجب به الرد.

(ص): **وتممه محمد فقال: ولكن يرجع بقيمته إذا كان يسيرًا وصوبه الأئمة، وقيل: كغيره**

(**ش**): أي: تمم ابن المواز ما في "المدونة"، فقال: ولكن يرجع بما نقص من الثمن. وعدوه وفاقًا لا خلافًا، وأيدوه بما في قسم "المدونة": أن أحد الشريكين، إذا

اطلع على عيب في نصيبه رجع بقيمته. ومذهب "المدونة" بتميم محمد - أنه يفرق بين الدور وغيرها - هو المشهور والمعمول به.

وقيد قوله: (يرجع بقيمته)، بما إذا لم يكن يسيرًا جدًا، فقد قال عبد الحق: عيوب الدار ثلاثة أقسام:

١ - قسمٌ لا تُرَدُّ به الدار، ولايرجع بقيمته؛ ليسارته، يريد: كالشرفات.

٢ - وقسم يرد من أجله، كخشية سقوطها.

٣ - وقسم لا يُرَدُّ به، ويرجع بقيمته كصدعٍ في حائطٍ ونحوه.

وقوله: (وقيل: كغيره)؛ أي: يرد باليسير في الدور كغيرها، وحكاه الباجي عن بعض الأندلسيين.

وفي المسألة قول ثالث: أن العروض كالدور، لا يجب الرد فيها باليسير.

قال في "المقدمات": وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق يحمل ظاهر الروايات حيثما وقعت، ويقول: لا فرق بين الأصول وغيرها، ويؤيد تأويله ما رواه زياد عن مالك فيمن ابتاع ثوبًا فاطلع فيه على خرق يسير: لا يرد ويوضع عنه قدر العيب. ونحوه في "المختصر الكبير". وهو خلاف ظاهرها، وخلاف تأويل الجمهور عليها. والفرق هو المشهور.

وفرق له بوجوه:

أولها: أن الدور تراد للقنية غالبًا، والسلعة للتجارة.

ثانيها: أن الدار لا تنفك عن عيب، فلو ردت باليسير لأضر بالبائع.

ثالثها: أن عيوب الدار لا يحاط بها.

رابعها - لابن يونس - : أن الدور ليست لها أسواق، فيضر بالمشتري ردُّها؛ إذ قد لا يجد ما يشتري، وبالبائع؛ إذ قد لا يجد من يشتري.

خامسها: أن الدار كالأجزاء، فعيب اليسير منها كاستحقاقه، فيرجع بنسبته.

سادسها: أن الدور مأمونة، والعيب لا يفوت عنها؛ لأنها وإن انهدمت تبقى قاعتها ونقضها.

سابعها: أن عيب الدار يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء، وصوَّبه ابنُ محرزٍ.

واختُلف في حَدِّ اليسير: فمنهم من رَدَّ ذلك إلى العادة، وهو الأصل.

وقال ابن أبي زيد: ما ينقص معظم الثَّمن، فهو كثير. ولا شَكَّ أنَّ هذا كثيرٌ، ولكنه إن عنى: أنه لا يرد بما دون ذلك - وهو ظاهرما فهموه عنهم - فهو ضعيف؛ لأن

النصف ليس بمعظم الثمن.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما نقص عن الثلث، وأما الثلث فكثير.

وسُئِلَ ابن عتاب عن ربع الثمن فقال: كثيرٌ.

وقال ابن القطان: المثقالان يسير، والعشرةُ كثير. ولم يبين من كم؟

وقال ابن رشد: العشرة من المائة كثير. ولعل قوله تفسير لقول ابن القطان.

(ص): **والنقص الذي لا يطلع عليه إلا بتغييره كسوس الخشب بعد شقه لا يرد له على المشهور ولا قيمة. قال مالك: لأنه أمر دخلا عليه**

(ش): أي: إذا بيع شيءٌ، وفي باطنه عيبٌ يجهلُه المتبايعان، ولا يُطَّلَعُ عليه إلا بعدَ الشَّقِ كالخشب، فلا قيام للمُشتري بِهِ، ولا شيء له على البائع. وعلَّلَه في "الموازية" فقال: هذا أمرٌ ثابت في هذه الأشياء معروف، فيشتري عليه المشتري، ويبيع عليه البائع. وإليه أشار بقوله: (**دخلا عليه**)[1].

ومقابل المشهور - رواه المدنيون عن مالك - أنه يرد به كسائر العيوب. ذكرها ابن شاس وغيره.

وفرق ابن حبيب فلم يثبت الخيار بما كان من أصل الخلقة، وأثبته بما طرأ، كوضع الخشب في مكانٍ نَدِيٍّ فَيَتَعَفَّنْ.

وحمله ابن يونس على الخلاف لمذهب "المدونة"، والمازري على الوفاق.

وعن ابن الماجشون أَنَّهُ لا يَرُدّ في اليسير بخلاف ما كثر، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز؛ لأنه خطر.

(ص): **وأما الجوز والتين وشبهه فقيل: مثله. وقيل: إن أمكن اختباره بكسر الجوزتين رد به**

(ش): (شبهه): الفقوس والخيار والبطيخ، وقوله: (فقيل مثله)، يحتمل أن يكون

---

(١) وما لا يطلع عليه إلا بتغيير كسوس الخشب والجوز ومر قثاء ورد البيض الخ. وما مر من عدم الرد إنما هو إذا لم يشترط المشتري السلامة من ذلك، وإلا فله الرد والعادة كالشرط، ولذا تجد الناس اليوم يردون القثاء بسبب مرارتها بل ذكر البرزلي عن ابن المواز ما نصه : إذا ابتاع قثاء فوجده كله مرّاً فإنه يرده بذلك لأن صاحبه يعرفه اه. ويدخل تحت الكاف أيضاً من اشترى شاة فوجدها عجفاء أو جوفها أخضر فإنه لا رد له كما في سماع أشهب قاله (ق) قال : وانظر اضطراب الشيوخ فيمن اشترى أضحية فوجدها عجفاء لا تجزىء أضحية في باب العيوب من ابن سهل. انظر: البهجة شرح التحفة: ١٧٠/٢.

التشبيه في المشهور فقط، فإن المشهور فيه نفي الرَّدِّ بما يَظْهَرُ من مُرِّ البطيخ ونحوه، نَصَّ عليه في "المدونة". ويحتمل التشبيه في دخول القولين، وهما أيضًا فيه.

وقوله: (وقيل: هو في "الموازية")؛ يعني: أنه إن كان مِمَّا يمكنُ اختبارُه والاطِّلاعُ عليه حال العقد، كالقثاءة والقثاءتين - أشهب: بإدخال العُود الدَّقِيق فيها - وكالجوزة والجوزتين مِمَّا يَتَحَيَّلُ عليه بشيءٍ، فيعرف حالها قبل الكسر، فله الرد به.

قال: وأما الأحمال الكثيرة فلا رد، إلا أن تكون كلها فاسدًا، أو أكثرها فيرد؛ إذ لا يخفى على البائع.

قال: وأما اليسير من الكثير فلا يرد، ويلزمه البيع.

ولم ينقل المصنف هذا القول بكماله، وذكر الاختبار بالكسر. وفي الرواية إنما هو بالتحيل قبل الكسر.

(ع): وما في "الموازية" أظهر عندي. وعن ابن الماجشون وأصبغ أنهما قالا بِإثرِ قول مالك: هذا في اليسير؛ إذ لا يسلمُ منه، فَأَمَّا الكثير فيرد، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز. وهكذا كَأَنَّهُ عكس ما في "الموازية"، وهكذا فهم بعض الشيوخ. وعندي أنَّ معنى قولهما أنه إذا اشترى كثيرًا، أو ما له قدر فوجد منه الجوزة والجوزتين: فإنه لا قيام له بذلك؛ إذ لا يكاد يسلم منه. وعلى هذا فلا يكون عكس ما في "الموازية"، ولأجل ذلك قال صاحب هذا القول: وهذا في معنى قول مالك. أي: غير خارج عنه.

(خ): وانظر إذا بنينا على المشهور من نفي الرَّدِّ، فاشترط المشتري أَنَّهُ إن وَجَدَهُ مُرًّا رَدَّهُ، وكذلك اشترط الرد في البطيخ إن وجده غير مُستوٍ، هل يُوفى له بهذا الشرط أو لا؟ والأظهر: أنه يوفى له بذلك، لكن الأصل إعمال الشروط ما لم يُعارض ذلك كتابٌ أو سُنَّةٌ.

ونص في "المدونة" على أن البيض يرد لفساده، ويرجع بالثمن. قال: لأنه مما يُعلم ويظهر فساده قبل كسره. أي: إذا كان مدلسًا. قال في "الموازية": وإن كان غير مدلس وكسر المشتري البيض وأتلفه؛ فإنه يرجع بما بين القيمتين إن كانت له قيمة يوم باعه بعد الكسر، وإلا رجع بالثمن كله.

ابن القاسم: وهذا إذا كسره بحضرة البائع، وإن كان بعد أيام لم يرد به؛ لأنه لا يدري أفسد عند البائع أو المبتاع؟ وقاله مالك.

(ص): والتغرير الفعلي كالشرطي، وهو: فعل يظن منه كمال، كتلطيخ الثوب بالمداد

(ش): يريد (بالتغرير الفعلي): أن يفعل البائع في المبيع فِعلا يَستُر بِه عيبَه، فيظهر في صورة السالم، وليس كذلك، كصبغ الثوب القديم فيُوهم جدَّته، وكتلطيخ ثوب العبد بالمداد، فيُظَنُّ أنَّه كاتبٌ، ولا يوجدُ كذلك[١].

وقوله: (كالشرطي)؛ أي: الذي اشترطت سلامته لفظًا.

(ص): وأصله التصرية، فإنها كاشتراط غزارة اللبن

(ش): أي: وأصلُ اعتبار هذا السبب والرَّد به ما صَحَّ من حديث التَّصرية، أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تُصَرُّوا الإبِلَ وَالغَنَمَ، مَن ابْتَاعَهَا فَهُو بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ أَسْخَطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمرٍ"[٢].

والتصرية جمع اللبن في الضرع يومًا أو يومين حتى يعظم ثديها؛ ليوهم مشتريها أنها تحلب كل يوم مثل ذلك، وهذا معنى قوله: فإنها كاشتراط غزارة اللبن توجب الخيار لفقدها.

---

(١) التغرير الفعلي كالشرطي وهو فعل يظن به كمال كتلطيخ الثوب بالمداد.
ابن عرفة : هذا إن ثبت أن البائع فعله أو أمر به لاحتمال فعله للعبد دون علم سيده لكراهة بقائه في ملكه.
وتصوير المازري أبين قال : كما لو باع غلاما في ثوبه أثر المداد وبيده الدواة والقلم فإذا به أمي.
ومن هذا قول المدونة : من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلابة.
ابن أبي زمنين : إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد لقيمته وقاله عبد الملك (فيرده بصاع من غالب القوت) قال مالك : حديث المصراة متبع ليس لأحد فيه رأي.
وقال أشهب : لا نأخذ به لأنه قد جاء ما هو أثبت منه وهو الخراج بالضمان.
ونحوه لمالك في المختصر وقال : له اللبن بما يخلف.
ابن يونس : وحديث الخراج بالضمان عام وحديث المصراة مخصص لبعض ما اشتمل عليه حديث الخراج بالضمان، والخصوص يقضى به على العام كما أن المفسر يقضى به على المجمل، والتصرية حبس اللبن في الضروع. انظر: التاج والإكليل: ٤/١٥٧.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٤٨) ومسلم، برقم (١٥١٧).
قال ابن بطال: قال المهلب : هذا الحديث أصل في الرد بالعيب والدلسة؛ لأن اللبن إذا حبس في ضرعها أيامًا فلم تحلب، ظن المشترى أنها هكذا كل يوم، فاغتر به، وقد روى أبو الضحى عن مسروق قال ابن مسعود : (أشهد على الصادق المصدوق أبى القاسم صلى الله عليه أنه قال : بيع المحفلات خلابة، ولا تحل خلابة مسلم)، وقال بحديث المصراة جمهور العلماء، منهم : ابن أبي ليلى ومالك والليث، قالوا : إذا بان لمشتريها أنها مصراة ردها بعد الثلاث، ورد معها صاعًا من تمر.

(ص): **فلو ظن من غير تغرير، فلا يُرَدُّ به، ما لم تكن ذات لبنٍ مقصودةً له، وكَتَمَهُ مع عِلْمِهِ، وقال أشهب: إِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ. وقال محمد: إن زاد لذلك**

(ش): أي: فلو ظَنَّ المشتري غزارة اللبن مع عدم تغرير البائع، كما لو كان الضرع لحمًا، فلا رَدَّ لَهُ، إلا بثلاثة شروط:

أن تكون ذات لبن، وعبر عنه في "المدونة": بأن يكون اشتراها في إبَّان الحلاب[1].

وأن تكون مقصودة اللبن وهو كقوله في "المدونة": أن تكون الرغبة فيها إنما هو اللبن.

وأن يكون البائع علم قدر حلابها، وكتمه عن المبتاع.

وقوله: (مع علمه)، زيادة إيضاح؛ لأن الكتم لا يكونُ إلا مع العلمِ.

وقال أشهب: للمبتاع رَدُّهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ في إبَّانِ الحلابِ، سواء علم البائع أم لا؛ لأنه عيبٌ، والعلمُ إنما يظهرُ أثرُه في التدليس لا في مطلق الرد.

ونصه عند ابن يونس: وقال أشهب: إذا كان البائع يعرف حلابها، فللمبتاع رَدُّها حُلِبَتْ أَوْ لَمْ تُحْلَب إذا كانت شاةَ لبنٍ.

وقال ابن المواز: أرى أن يُنظرَ في ثمنها، فإن كان في كثرته ما يعلم أنَّ ذلك لا تبلغه لشحمها ولا للحمها، ولا للرغبة في نتاج مثلها، وظهر أن الغالب من ذلك إِنَّمَا هو اللبن، فليردها إذا كتمه البائع، وثبت ذلك.

وجعل اللخمي محل الخلاف بين المذهب قول أشهب، وقول محمد إذا كان البيع في غير إبان الحلاب، وإنما يتفق على الرد إذا كان في إبانه، وهذه المسألة ليست من التصرية، وإنما هي عندهم من الرد بالعيب. ولهذا قال يحيى بن عمر: اللبن هنا

---

(١) وقال ابن رشد ما نصه : لو رضي بعيب تصريتها ووجد بها عيبا آخر فردها به لوجب على ما ذكرنا أن يكون عليه قيمة اللبن الذي صراه البائع في الضرع بعد أن يتحرى قدره.
وقال التونسي : لا شيء عليه في اللبن إذا ردها بغير عيب التصرية وذلك غير صحيح فتأمله من سماع أشهب من جامع البيوع (وتعدد بتعددها على المختار والأرجح) اللخمي : اختلف إذا كان المبيع جماعة غنم هل يغرم صاعا واحدا أو لكل شاة صاعا وهذا أصوب، وعزاه ابن يونس لابن الكاتب وصوبه (وإن حلبت ثالثة فإن حصل الاختبار بالثانية فهو رضا وفي الموازية له ذلك وفي كونه خلافا تأويلان) من المدونة قلت : فإن حلبها ثالثة؟ قال : إن جاء من ذلك ما يعلم أنه حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبرة فلا رد له وبعد حلابه بعد الاختبار رضا بها، ولا حجة عليه في الثانية إذ به يختبر أمرها وإنما يختبر الناس ذلك بالحلاب الثاني ولا يعرف بالأول. انظر: التاج والإكليل: ١٥٩/٤.

للمشتري ولا صاع عليه إذا رد لضمانه بخلاف المصراة.

(ص): **فإن حلبها ثالثة ففيها: إن كان ما تقدم اختيارًا، فهو رضًا وقال مالك: له ذلك**

(**ش**): الضمير في (حلابها) عائد على المصراة، قال فيها: فإن حلبها ثالثة، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه إنما حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبرة، فلا رد له، ويعد حلابه بعد الاختبار رضًا بها، ولا حُجَّةَ عليه في الثانية؛ إذ يختبر بها الناس ذلك، ولا يعرف بالأولى. وقد علمت أن الضمير في (فهو رِضًا) عائدٌ على الحلاب الثالث.

وقوله: (وقال مالك) هو في "الموازية": له أن يحلبها ثالثة، ولا يُعدُّ ذلك رضًا.

وجعل المصنف هذا خلافًا لـ "المدونة" كاللخمي.

وقال عيسى بن دينار: إذا حلبها الثانية، فنقص من لبنُها، فظن أنَّ ذلك من إنكار الموضع أو نحو هذا، ثم حلبها الثالثة لزمته، وقال: إذا حلبها الثانية، فتبين له أنها مصراة، فإن أراد ردَّها، فيحلف بالله ما كان ذلك منه رضًا ولا رغبةً فيها، ثم يردها والصاع معها.

قال محمد: إذا حلبها ثالثة فذلك رِضًا. ابن يونس: وقول محمدٍ هذا وقولُ عيسى راجعان لما في "المدونة".

واختار اللخمي ما في "الموازية"، لما رواه البخاري ومسلم والترمذي وصححه أنه صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ ابْتَاعَ شَاةً مُصَرَّاةً فَهُو فِيهَا بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ"(١) أما إن حلبها رابعة فهو رضا باتفاق. حكاه (ر).

(ص): **فإذا رَدَّ معها صاعًا من تمر، ولو غَلا، وقيل: من غالب قُوتِ البَلَد**

(**ش**): أي: فإن رَدَّهَا بَعيبِ التَّصرِيَةِ رَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِن تَمرٍ؛ للحديث. قال في "المدونة": وليس لأحد في هذا الحديث رأي. فقدَّم الخبر على القياس.

عياض: وهو مشهور مذهبه، خلاف ما يحكيه العراقيون عنه.

وقدم في كتاب ابن عبد الحكم القياس، فقال لا يُرد معها شيئًا. ورواه أشهب في "العتبية"، وقال به ابن يونس، ولعل أشهب رأى أن حديث الخراج بالضمان ناسخٌ له، وفيه نظر؛ لأن حديث: "الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"(٢) عام، وحديث المصراة خاصٌ ببعضِ ما

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢١٤٨) ومسلم، برقم (١٥٢٤).

(٢) مضى تخريجه.

اشتمل عليه الخراجُ بالضمان، والخاصُّ يقضي به على العام.

وقوله: (ولو غلا)، مبالغةٌ، وهذا القول حكاه ابن يونس عن بعض الأصحاب وقدمه المصنف؛ لأنه ظاهر الحديث، وتبعًا لابن شاس، فإنه قال: ثم قدر الصاع متعين فلا يزاد عليه؛ لكثرة اللبن وغزارته، ولا ينقص منه؛ لقلته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلائه ورخصه؛ بل قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد، فظاهر المذهب: أن عليه الإتيان به.

ولكن مذهب "المدونة" هو الثاني، ففيها: وإن كان بذلك ببلدٍ ليس عيشهم التمر أعطي الصاع من عيش ذلك البلد. وعيش أهل مصر الحنطة فليعطوا منها. وحملوا ذكر التمر في الحديث على أنه غالب قوت المدينة، ويؤيده ما ورد في بعض طرقه: "وَصَاعًا مِنْ طَعَامٍ لا سَمْرَاءَ"[(1)]، فلم يذكر التمر بخصوصيته، وأخرج منه السمراء؛ لأنها ليست بطعام أهل الحجاز، وهو تنبيه على هذا المعنى.

وأيضًا فلو كُلِّف التَّمر في كلِ بلدٍ للزِمَ أن يَرُدَّ المشتري ما يُسَاوِي نِصف قيمتها أو أكثر، وهو مانعٌ من رَدِّهَا، الذي دَلَّ عليه الحديث على ثبوته.

وروى ابن زياد عن مالك: أَنَّهُ يَرُدُّ ملكية ما حلب تمرًا أو قيمته.

واستبعده في "البيان " لمخالفة الحديث.

تنبيه:

الرد بعيب التصرية مشروطٌ بأن لا يعلم المشتري بذلك حين البيع، وأما إن علم حين البيع أنها مصراة فلا مقال له، إلا أن يجدها قليلة اللبن دون المعتاد من مثلها.

(ص): ابن القاسم: ولو رَدَّ عَينَ اللبنِ لَمْ يَصِحّ، ولو اتَّفَقَا؛ لأَنَّهُ بَيعُ الطَّعَامِ قبل قبضه. وقال سحنون: إقالة

(ش): أي: لو أراد المشتري أن يردَّ المصراة وما حلب منها لم يجز ذلك؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإنَّ البائع وجب له صاع من طعام باعه قبل قبضه باللبن.

قال سحنون: يجوز ذلك ويعد إقالة. وقاله ابن وضاح، وقيده بما إذا لم يغب على اللبن، ذكره في "البيان".

وحمل اللخمي "المدونة" على أن الحلاب تأَخَّرَ، أما لو كان بفور العقد ردَّه بعينه، ولا يلزم المشتري عوضه؛ لأن وجوب الصاع إِنَّما كان مع التراخي؛ لاختلاط ملك

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٥٢٥) والترمذي، برقم (١٢٥٢).

البائع بملك المشتري؛ لأن ما حدث في ضرعها بعد الشراء فهو للمشتري، وهذا منتفٍ بفور العقد؛ لتمحض ما في الضرع للبائع.

ورده المازري بأن اللبن إذا حلب غيره الهواء، فكأنه ليس هو الذي في الضرع.

ولا يصح أيضًا حمل "المدونة" على ما ذكره؛ لأنه قال فيها: لو تراضيا على رد اللبن بعينه لم يجز، ولو كان لأجل الاختلاط لكان الحق للمُشتري، فإذا رضي جاز.

(ص): فإن تعدَّدت ففي الاكتفاء بصاع قولان

(ش): أي: فلو تعددت المصراة، اثنتان فأكثر، فهل يُكتفى في الجميع بصاع؟ وهو قول الأكثرين، أو لا بُدَّ لكل واحدة من صاع؟ وهو قول ابن الكاتب، واختاره اللخمي وابن يونس.

واحتج أحمد بن خالد الأندلسي - للأكثرين -: بأن غاية ما يفيد تعددها كثرة اللبن، وهذا لا يلتفت إليه، ألا ترى أن في كل من الشاة والبقرة والناقة صاعًا واحدًا؟

وأجيب: بأن هذه الألبان وإن اختلفت قدرًا، فقد اختلفت في الطيب، فالأقل منها قدرًا أطيب، وإنما يلزم ما قاله ابن خالد لو اختلفت في القدر وتساوت في الطيب[1].

وفي جامع البيوع من " البيان " قول ثالث: وهو لا شيء عليه فيما احتلب منها بخلاف الشاة الواحدة؛ لقوله في الحديث: "مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً".

(ص) ولو رُدَّت بعيبٍ غيره، ففي الصاع قولان

(ش): أي: فلو رضي المشتري بعيب التصرية، ثم اطلع على عيب آخر فرد به، فقال محمد: لا يرد الصاع لحلابها، واختاره التونسي.

وعن أشهب: أنه يرد الصاع؛ بناءً على أنَّه لما رد بغير عيب التصرية صارت كأنها غير مصراة، أو يصدق عليه: أنه رد مصراة.

(ص): وإذا اشترط البائع البراءة مما لم يعلم فطريقان: الأولى: ثالثها في "الموطأ":

---

(١) عني أن كل ما وقع فيه التغرير الفعلي من تصرية وغيرها يرد لبائعه لكن ما وقع فيه التصرية من الأنعام فقط يرد مع صاع من غالب قوت محل المشتري عوضا عن اللبن الذي حلبه المشتري ولو كثر، ولا يتعين التمر على المذهب، وقيل يتعين لوقوعه في الحديث حيث قال: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر، وحمله المشهور على أنه غالب قوت المدينة (ص) وحرم رد اللبن (ش) أي الذي حلبه منها بدلا عن الصاع الذي وجب عليه من غير اللبن ولو بتراضيهما غاب عليه أم لا على المشهور لأنه برد المصراة تعين الصاع في ذمة المشتري في مقابلة اللبن. انظر: شرح خليل للخرشي: ٣١٠/٥.

تفيد في الحيوان مطلقًا، ورابعها في "المدونة": تفيد في الرقيق خاصة، وخامسها: تفيد من السلطان، وسادسها: من الورثة؛ لقضاء دين وشبهه

(ش): لما ذكر خيار النقيصة شرع في موانعه، وهي قسمان: مانع مطلقًا، ومانع على تقدير. فالأول أربعة أنواع:

أولها: أن يشترط البائع البراءة من العيوب التي لا علم له بها. وذكر المصنف فيها طريقين: الأولى: المذهب على ستة أقوال:

الأول: شرط البراءة تنفع من كل بائعٍ في كل مبيعٍ، وهو لمالك في "كتاب ابن حبيب".

وقيد بما عدا الحمل الخفي من الرائعة، إذ لا تصح البراءة منه؛ لعظم الخطر. وقيدها الباجي والمازري أيضًا بما لا يشترط فيه التماثل، أما ما يشترط كمُدِّ قَمْحٍ بِمُدِّ قَمْحٍ، فلا يجوز اشتراط البراءة فيه؛ لما يؤدي إليه من التفاضل. قالا: وكذلك لا يجوز التبري في عقد القرض؛ لأنه إذا أسلف عبدًا وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة.

الثاني: أن البراءة لا تنفعه مطلقًا، ذكره القاضي أبو بحمد عن ملك؛ لأن البراءة توجب غررًا.

الثالث: وقع في بعض روايات " الموطأ"، وفي "الموازية" و"الواضحة": أنها تنفع في الحيوان مطلقًا ناطقًا أو غيره، ولا يصح في غيره.

والرابع - (ع): وهو أشهر في الأقاويل. الباجي: وهو الظاهر من المذهب: أنها تفيد في الرقيق فقط. ووجهه: أنه قد يكره بعض السادات، ويرغب في بعض فيظهر من العيوب ما ليس فيه، ويكتم ما فيه؛ تحيلا منه على انتقال الملك.

وتصور الخامس ظاهر، وهو مقيد بما باعه السلطان لغيره، وأما ما باعه لنفسه، فهو كسائر الناس.

وتصور السادس واضح، وشبه الدين: الوصية، وقد أقيمت من "المدونة" الستة الأقوال.

وزاد عياض سابعًا - لابن القاسم في "الموازية" -: أنها لا تنفع في الحيوان والثياب، إلا في الشيء اليسير، التافه غير المضر، وأما ما هو مضر، فيرد به ونحوه في "العتبية".

وثامنًا: أنها لا تفيد إلا فيما طالت إقامته عند البائع، واستغنى المصنف عن هذا بما سيذكره بقوله: فلو باع بحدثان ملكه فالمشهور لا تفيد.

وتاسعًا: أنها لا تنفع إلا من السلطان خاصةً في البيع للدَّين ونحوه، في الرقيق خاصة، وهو نص " الموازية".

عاشرًا - لابن حبيب -: إن كان البيع طوعًا، فلا يفيد إلا في الرقيق خاصة.

وأما ما باعه السلطان في فلسٍ أو موتٍ أو على الأصاغر، فهو بيع براءة في الرقيق والحيوان والعروض، وإن لم يشترطه. وقاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ وغيرهم.

ولهذا يظهر رجحان هذه الطريقة على الطريقة الثانية؛ لأنَّ من حفظ مقدم على من لم يحفظ.

(ص): **الثانية تفيد إن كان يسيرًا أو من السلطان، وفي غيره: قولان**

(ش): هي لابن زيد وابن الكاتب وابن محرز، قالوا: اتفق قول مالك على أن بيع السلطان بيع براءة، كان العيب يسيرًا أو كثيرًا، وأن العيب اليسير تصح البراءة منه، كان البائع سلطانًا أو غيره.

ابن الكاتب: وإنما كان كذلك؛ لأنه حكم منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

المازري: وفيه نظر، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف، ولا وفاق، ولا قصد فيه إلى حكم بإنفاذ بيع البراءة؛ لينفذ حكمه، وإنما فعل فعلا أوجبه الشرع عليه.

ونسب للمغيرة أنَّ اليسير الثلث فدونه. لكن لم أر له أنَّ بيع السلطان بيع براءةٍ.

قوله: (وفي غيره قولان)؛ أي: وفي غير ما ذكره وهو الكثير من غير السلطان قولان.

(ص): **فأما فيما علم فلا يفيد**

(ش): أي: أن الأقوال المتقدمة في الطريقتين إنما هي فيما لم يعلم البائع به، وأما ما علمه من العيوب، فلا تفيده البراءة حينئذٍ اتفاقًا.

(ص): **فلو باع بحدثان ملكه، فالمشهور لا يفيد**

(ش): قال في "المدونة" في التجار يقدمون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة، ولم تطل إقامته عندهم، قال: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس بالباطل، لا تنفعهم البراءة.

والشاذ لعبد الملك قياسًا على السلطان.

(ص): **وبيع السلطان على تفريع البراءة لا تحتاج إلى اشتراطها**

(ش): يعني: حيث فرعنا على أن بيع السلطان بيع براءة، فالحكم يقتضيها، ولا يحتاج في إثباتها إلى شرط، وظاهر كلامه أن هذا مقصورٌ على الحاكم.

وحكى غيره هذا القول فزاد مع السلطان أهل الميراث، وزاد فيه أيضًا: أن البراءة لا تنفع في غيرهما ولو اشترطت[١].

(ص): **فلو ظن المشتري أنه غيره فقولان: الخيار واللزوم**

(ش): أي: وإذا فرَّعنا على أن بيع الحاكم بيع براءة فظنَّ المشتري أن البائع غير القاضي ففي "المدونة": له الخيار بين أن يرد أو يحبس بلا عهدة.

وقال ابن حبيب: يلزمه، وإن لم يذكر متوليه أنه بيع ميراث أو مفلس، وكأنه رأى أن بيع ذلك لا يخفى، فلا تقبل دعواه بالجهل.

(ص): **فإذا تبرأ من عيب لم ينفعه، حتى يعلم بموضعه، وجنسه، ومقداره، وما في الدبرة من نغل وغيره، وكذلك لو أجمل كسرقة العبد، أو إباقه، فيوجد يُنقب، أو قد أبق من مصر إلى المدينة**

(ش): لما تكلم على البراءة العامة من جميع العيوب[٢] أخذ في بيان البراءة من

---

(١) قال ابن القاسم : وهو الذي به آخذ من قول مالك، وكذلك بيع السلطان على المفلس والمغانم وغيرها.
وإذا أنفذ السلطان بيع عبد المفلس وقسم الثمن بين غرمائه ثم وجد المبتاع عيبا قديما لم يرده لأنه بيع براءة إلا أن يعلم أن المديان علم به فكتمه.
قال ابن القاسم : بيع السلطان في الدين وفي المغنم وغيره وبيع الورثة إذا ذكروا أنه ميراث ذلك كله بيع براءة وإن لم يذكروا البراءة (وخير مشتر ظنه غيرهما) ابن المواز قال مالك : بيع الميراث وبيع السلطان بيع براءة إلا أن يكون المشتري لم يعلم أنه بيع ميراث أو سلطان، فهو مخير بين أن يرد أو يحبس بلا عهدة.
ابن يونس : هذا أحسن من قول ابن حبيب أنه بيع براءة وإن لم يذكر متوليه أنه بيع ميراث أو مفلس.
قال في المدونة : وأما إن علم أنه بيع سلطان أو ميراث فليس للمبتاع في ذلك رد بعيب قديم إذا لم يعلم به البائع ولا في ذلك عهدة ثلاث ولا سنة، وهو من المبتاع بعقد الشراء. انظر: التاج والإكليل: ٢٦٢/٤.

(٢) البراءة العامة مما لا يعلم فتصح عند مالك في كل عيب إلا حمل الرائعة كان العيب ظاهرا أو خفيا المانع الثاني : فوات العقود عليه حسا بالتلف أو حكما بالعقد والاستيلاد والكتابة والتدبير لأن الرد بالعيب فرع وجود العين وحيث لا عين لا رد وفي الكتاب : باع عبدا بثوبين فهلك أحدهما ووجد الآخر معيبا وهو وجه الصفقة رده وقيمة الهالك وأخذ العبد فإن فات بحوالة سوق أو تغير بدن والثاني ثلث القيمة أو ربعه رجع بحصة ذلك من قيمة العبد لا في عينه نفياً لضرر الشركة ولو كان العيب بالعبد رده مشتريه فإن كان الحاضر أرفع الثوبين ولم يفت بحوالة سوق أو غيره اخذ مع قيمة الهالك وإن فات بتغير سوق أو غيره أو لم يفت وليس وجه الصفقة أسلمه وأخذ قيمة ثوبه ما بلغت. انظر: الذخيرة: ٩٧/٥.

عيب معين، أو نقول: لما تكلم على البراءة مما لم يعلم، تكلم على البراءة فيما يعلم، ثُمَّ لا يخلو، إما أن يتفاوت العيب في نفسه بالقلة والكثرة أو لا، والثاني: يبرأ بتسميته كقطع اليد مثلا والعور، والقول الأول لا ينفعه إلا بثلاثة شروط:

أولها: أن يقول: هو به.

ابن المواز: ولا ينفعه لو أفرده، فقال: أبيعك بالبراءة من كذا، حتى يقول: إن ذلك به. ورأى ابن يونس أنه يبرأ إذا أفرده بالذكر، سواء قال: ذلك العيب به أو لا.

ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بمشاهدة، أو خبر يقوم مقامها.

ثالثها: أن لا يحمله مع غيره ففي "المدونة" وغيرها: وإن تبرَّأ إليه من عيوب بعضها فيه، وبعضها ليست به، لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع مما سمى له ولم يره إياه. وعلل ذلك: بأنه لما ذكر له ما ليس فيه، اعتقد المبتاع أن جميع ما ذكر كذلك، فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيب.

قوله: (حتى يعلم بموضعه)؛ لأنه يغتفر بموضعٍ دونَ آخر.

و (جنسه)؛ لأنه يختلف اختلافًا كثيرًا، ولو لم يبينه كان العقد فاسدًا.

و (مقداره)؛ لأن القدر يختلف.

واختلف إذا باع ولم يبين قدره:

فقال ابن القاسم عن مالك: البيع ثابت، فإن ظهر على الفاحش من ذلك فله الرد.

وقال أشهب: يفسخ البيع. قاله في الدبرة والكي والقروح والجراحات.

ابن المواز: وقول ابن القاسم أحبُّ إليَّ؛ لأنَّ أشهب وافق في مسألة الإباق أن البيع ثابت وله الرد.

وقوله: (وما في الدبرة من نغل)، الجوهري: الدبرة - بالتحريك -: واحدة الدبر والأدبار، مثل: شجرة وشجر وأشجار، تقول منه: دبر البعير - بالكسر - وأدبره القتب. قال: وبرأ الجراح، وفيه شيء من نغل - بالتحريك - أي: فساد.

وعطف مسألة الدبرة على ما تقدم، والعطف يقتضي المغايرة، فكان ينبغي أن يجعلها مثالا لما تقدم؛ لأنها راجعة إلى بيان القدر.

(ص): وإذا فات المبيع حسًا: بتلف، أو حكمًا: بعتقٍ، أو استيلادٍ، أو كتابةٍ، أو تدبيرٍ، فاطلع على العيب تعين الأرش، فيقوم سالمًا ومعيبًا، ويأخذ من الثمن نسبة ما بين القيمتين

(ش): هذا هو المانع الثاني، وتصوره واضح، ومثال التقويم: لو كان العبد يساوي

صحيحًا مائة، ومعيبًا ثمانين، فيرجع عليه بخمس الثمن؛ لأن نسبة العشرين إلى المائة الخمس، فلو كان الثمن مائتين رجع عليه بأربعين؛ لأنه صار لكل عشرين من القيمة أربعون من الثمن.

و (الأرش)، ابن قتيبة وغيره: مأخوذ من قول العرب: أَرَّشتُ بين الرَّجُلَين تأريشًا: إذا أغريت أحدهما على الآخر، وأوقعت بينهما الخصومة، فَسُمِّيَ نَقصُ السِّلْعَةِ أرشًا؛ لكونه سببًا للتأريش، وهو: الخصومة.

(ص): **فإن كان بإجارة أو رهن، فقال ابن القاسم: إذا عاد إلى يده ردَّه وقال أشهب: إن خَلَّصه عاجلا**

(ش): أي: فإن تَعَذَّر رَدُّ عين المبيع مع بقاء الملك فيه؛ لتعلُّق حَقٍّ آخر، كما لَو أجَّرها أو رهنها، ثم اطلع فيها على عيبٍ قديمٍ، وهو بيد المستأجر أو المرتهن، فقال ابن القاسم في "المدونة": يبقى الأمر في العيب موقوفًا حتى يفتكَّها من الإجارة والرهن، فإن خرجت من الإجارة والرهن، فإن خرجت من الإجارة والرهن، وهي على حالها ردَّها، وإن فاتت أو تغيرت حكم فيها بحسب ما يقتضيه المذهب في ذلك، من القِلَّةِ والكثرةِ والتوسط.

وقال أشهب أيضًا في "المدونة": إن افتكه حين علم بالعيب فله رده، وإلا كان فوتًا فيرجع بالأرش.

ووقع في أكثر النسخ وفي نسخة (ر) و(ع): (فقال ابن القاسم: إذا عاد في نحو الشهر رده). واعترض (ع) عليها؛ لأجل أنَّ مَا ذكره عن ابن القاسم مخالف لما تقدم.

وذكر الباجي عن ابن القاسم الفرق بين اليسير والكثير، كما ذكر المصنف، لكنه لم يقيده بالشهر وإنما قيد به ابن حبيب، فقال: إن كان أجل ذلك قريبًا كالشهر ونحوه، فليؤخر إلى انقضائه، وهو على أمره، وإن بعد كالأشهر والسنة فهو كالفوت، ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفتكها معجلة. أبو محمد: وهذا خلاف قولي ابن القاسم وأشهب.

(ص): **فإن تعذر لعقد آخر، فإن كان بغير معاوضة فالأرش**

(ش): أي: كالهبة والصدقة، وهذا هو المشهور.

وروى ابن زياد عن مالك: أنه إذا تَصَدَّقَ بِهِ أو أعتقه أنَّ ذلك فوتٌ، ولا رجوع له بقيمة العيب. ولعلَّه يقول مثل ذلك في الهبة.

وعلى المشهور فقال سحنون وعيسى في "العتبية" يكونُ الأرشُ للمتصدق لا للمتصدق عليه.

واختُلف إذا وهبه لابن له صغيرٌ، فقال ابن حبيب: ذلك فوت. قال ابن الكاتب: ليس بفوت؛ إذ له الاعتصار.

(ص): وإن كان بمعاوضة مع البائع بقيمة الثمن الأول فلا كلام له

(ش): يعني: فإن اطلع المشتري على عيبٍ في المبيع بعد أن أحدث فيه عقد معاوضةٍ مع بائعه، بأن باعه بمثل الثمن الأول، فلا كلام للمشتري على البائع؛ لأنَّ ثمنه قد رجع إليه.

(ص): وإن كان بدونه استتم

(ش): كما لو اشتراه بمائة، ثم باعه للمشتري بثمانين، ثم اطلع على العيب، فله أن يرجع بعشرين تمام الثمن الأول.

وفي الرجوع إذا لم يكن البائع مُدلسًا نَظَرٌ؛ لإمكانِ أن يُقَال: أن المشتري إما أن يعلم بالعيب حين البيع أو لا، فإن علم فقد رضي، وإن لم يعلم فالنقص ما كان لأجل العيب، وإنما كان لحوالة الأسواق. وهذه حجة ابن القاسم إذا باعه من أجنبي، وعلى هذا فلا يبعد أن يخرج في المسألة الأقوال الآتية في البيع من أجنبي. والله أعلم.

(ص): وإن كان بأكثر، فإن كان مدلسًا، فلا كلام له، وإن كان غير مدلس رُدَّ، ثم رد عليه

(ش): أي: وإن كان المشتري قد باعه من بائعه بأكثر مِمَّا اشْتَرَاهُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ البائع أو مدلسًا فلا كلام له؛ لأنه رضي، وإن كان غير مدلس رُدَّ على المشتري، ثُمَّ للمُشْتَرِي أَنْ يَتَمَاسَك أو يرد، مثاله: لو اشتراه بعشرة، ثم باعه للبائع بخمسة عشر، فله أن يرد ويأخذ خمسة عشر.

(ص): وإن كان مع غير البائع ونقص فثلاثةٌ: في "الموطأ": يرجع بقيمة العيب، وروي: يرجع بالأقل من النقص وقيمة العيب إن كان نقصٌ، وفيها: لا كلام له

(ش): أي: فإن كان العقد بمعاوضةٍ مع غيرِ البائعِ، ونقص الثَّمنُ في هذه المعاوضة عمَّا كان اشتراه به، فثلاثة أقوال:

الأول: يرجع بقيمة العيب. قاله مالك في "المختصر"، واختاره محمد بن عبد الحكم، وزعم أنَّ هذا مذهب مالك في "الموطأ"؛ لقوله فيه: فإذا فات العبد بوجه من وجوه الفوت، فللمشتري الرجوع بقيمة العيب. قاله محمد فالبيع فوت.

وقال في "التلقين": وهذا هو الصحيح.

الثاني: - رواه أشهب عن مالك -: أَنَّهُ يرجع بأقل الأمرين من نقص الثمن أو قيمة

العيب؛ لأنه إن كانت قيمةُ العيب أقل فأخذها، فلا مقال له، كما لو كان سليمًا، وإن كان الذي نقصه أقل فأخذه، فَلا مَقَالَ لَهُ؛ لأنَّه لو لم ينقص ثمنه لم يرجع بشيء. وهو قول أشهب، واختاره ابن حبيب، وروي أيضًا عن مالك.

قوله: (إن كان نقص)، تكرار؛ لأن فرض المسألة مع النقص.

والقول الثالث - في "المدونة" -: لا يرجع بشيء إلا أن ترجع إليه السلعة، فله ردها، واحتج بأن المشتري إن كان عالمًا بالعيب حال البيع فقد رضي، وإلا فالنقص إنما كان لحوالة الأسواق، لا للعيب.

واختاره ابن المواز، وقال: إلا أن يكون نقص ثمنه من أجل العيب، - مثل: أن يبيعه بالعيب، وهو يظن أنه حدث عنده - ، ولو لم يعلم أَنَّهُ كَانَ عِنْدَ بَائِعِهِ، أو يبيعه وكيلٌ لَهُ ويظن ذلك فيرجع عليه بالأقل، كقول أشهب.

وظاهر كلام ابن يونس أنَّ قول مُحَمَّد تقييد لقول ابن القاسم، وبذلك صَرَّحَ غيره.

ولم يذكر ابن الجلاب ذلك على أَنَّهُ تقييد، بل قال: ولو باعه ثم ظهر بعد البيع على عيب لم يرجع على البائع بشيءٍ، وقيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع على البائع بأرشه. وقد قيل: إن كان قد نقص من قيمته لأجل عيبه وظن أن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديمًا به عند بائعه، أن له أن يرجع بأرش العيب عليه.

وقيد المصنف المسألة بالنقص؛ لأنه لو باع بمثل الثمن الأول، فأكثر فأحرى أن لا مقال له على قول ابن القاسم، كذلك لا مقال له على قول أشهب، وأما على ما نسبه "للموطأ" فله قيمة العيب؛ لأنه جعل خروج المبيع من يد مشتريه بالبيع كخروجه بالهبة وشبهها.

(ص): **فإن عاد إليه بالرد بالعيب، أو بملك مستأنف من بيعٍ أو هبة أو إرث فله الرد، وقال أشهب في البيع: مخير في رده على البائع الأَوَّلِ، أَوْ رَدَّهُ على المشتري الثاني، فإن رَدَّهُ رَدَّهُ**

(ش): أي: فَإِنْ عَادَ إِلَى البائع الثَّاني الذِي هُو المشتري الأَوَّلِ، فلو رَدَّ عليه بعيبٍ فله رَدُّهُ على البائع الأَوَّل، ولا يُخالفُ أشهبُ في هذا الوجه.

وأما إن رجع عليه بغير الرد بالعيب، بل بملك مستأنف من بيعٍ أو هبةٍ أو ميراثٍ، فقال ابن القاسم في "المدونة": له الرد بالعيب على البائع الأول.

وقال أشهب: إن رجع إليه ببيع خير بين ما قال ابن القاسم، وبين أن يرده على الذي اشتراه منه آخرًا؛ لأنه صار بائعًا، فإن رَدَّهُ على الأول أخذ منه الثمن الأول، وإن

رَدَّهُ على المشتري الآخر أخذ منه الثمن، كما يُخَيَّرُ المشتري الآخر بَيْنَ أَنْ يَتَمَاسَك بِهِ فيتمَّ العمل، أو يرده على المشتري الأول، فإن رده عليه فله أن يرده على البائع الأول.

وهـذا معنى قوله: (فإن ردَّه ردَّه)؛ أي: فإن ردَّه المشتري الأول على المشتري الثاني، ردَّه المشتري الثاني على المشتري الأول إن شاء، ثم يرده المشتري على البائع الأول إن شاء.

وظاهر قول ابن القاسم في "المدونة": أنه يرد على البائع، سواء قام عليه بالعيب قبل أن يرجع إليه المبيع، أم لا.

وقال ابن حبيب: إن كان قام عليه قبل أن يرجع فحكم له بعدم الرجوع؛ لخروجه من يده بمثل الثمن فأكثر فلا قيام له.

أبو محمد: وهو بعيد من أصولهم. ابن يونس: لأنَّه إنما منع من القيام عليه لعلة، وقد ارتفعت.

(ص): **السكوت من غير عذر، والفعل الدال على الرضا كالقول**

(ش): هذا هو المانع الثالث، وهو: ظهور ما يدل على الرضا من السكوت عن القيام به، ولا مانع من خوف أو نحوه، أو فعل دال على الرضا، كما سيأتي.

وشبه السكوت والفعل بالقول؛ لأنه أصرح منهما، وهذا لأن الرد بالعيب على الفور، ويبطل بالتأخير من غير عذر؛ إذ الأصل في البيع اللزوم، فإذا تمكن من الرد وتراخى عنه لزمه. قال في "المدونة": إلا أن يكون كاليوم ونحوه، بعد أن يحلف أنه ما كان منه رضا.

(ع): وما ذكره من أن السكوت يدل على الرضا هو ظاهر المذهب. وإن كان بعض الشيوخ يذكر بعض الشيوخ يذكر اختلافًا في السكوت هل يتنزل منزلة النطق؟

والذي تدل عليه مسائل المذهب: أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق، فإنه يقوم مقام النطق. نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع هل حصل فيها دلالة أم لا؟

(ص): **فإن كان البائع غائبًا أشهد شاهدين، فإن عجز أعلم القاضي فيتلوم له، ثم قضى عليه إن أثبت العهدة**

(ش): أي: فإن كان البائع حاضرًا معه في البلد رد عليه، وإن كان غائبًا أشهد شاهدين أنه لم يرض بالعيب، وردَّ عليه إن أمكن، بأن تكون غيبته قريبة، أو له وكيل حاضر، فإن عجز عن الرد؛ لبعد الغيبة رفع إلى القاضي، فيثبت عنده الشراء وصحته،

وصحة مالك البائع إلى حين البيع، وأنه اشترى على بيع الإسلام وعهدته؛ أي: على حقه في البيع والاستحقاق، وليس مراده عهدة الثلاث أو السنة. وهذا الشرط وقع في "المدونة"، وقيدوه بما إذا لم يرد أن يحلف؛ لأن القول قول المشتري مع يمينه على نفي البراءة.

وفصل اللخمي فقال: إن كانت العادة البيع على البراءة لم يحكم له بالرد، إلا أن يثبت أنه ابتاع على العهدة، وإن كانت العادة العهدة، أولا عادة بواحد منهما، فهو على العهدة، ويستظهر عليه باليمين.

ابن لبابة وابن رشد وغيرها: ويثبت يوم التبايع؛ لأن العيوب تقدم وتحدث.

وقوله: (يتلوم)، أطلق في التلوم، وقيده في "المدونة" في كتاب العيوب، بأن يكون بعيد الغيبة، وطمع في قدومه. ابن بطال: هو تلومًا يسيرًا. ولم يذكر في "المدونة" في باب التجارة بأرض الحرب، وفي باب القسمة تلومًا.

المتيطي: وحمل ذلك غير واحد من الشيوخ على الخلاف.

(خ): ولا يبعد حمله على الوفاق، والذي اعتمد عليه أصحاب الوثائق: التلوم. قال في "المدونة": ولا يعجل بالقضاء على قريب الغيبة.

واختلف الشيوخ إذا قالت البنت: لا نعلم مكانه، هل يكون ذلك كشهادتهم ببعد الغيبة؟ ويُقضى عليه، وهو قول ابن مالك القرطبي.

أو ذلك بمنزلة الغيبة القريبة؟ فلا يمضي عليه، وهو قول لابن القطان.

والأول أصوب، وهو الذي تدل عليه "المدونة" والمسائل. وساق مسائل تدل على ما ذكره من أن مجهول الغيبة بمنزلة بعيدها.

وما تقدم من أنه لا بدّ من إثبات صحة الشراء كذلك هو في "المدونة" وقيدوه بما إذا لم يرد أن يحلف.

فضل: إلا أن وجوب اليمين في العهدة آكد منها في هذا؛ لأن البينة إذا شهدت بصحة العقد يكون وقوع الفساد بعيدًا، بخلاف البراءة؛ لإمكان أن يكون أبرأه بعد.

ويثبت أيضًا أنَّه نَقَدَ الثَّمَن، وأنه كذا وكذا، إن أراد أخذه. قاله في "المدونة".

ابن رشد وغيره: إلا أن يكون قد مضى من المدة ما لو أنكره المبتاع القبض كان القول قوله مع يمينه أنه قد دفع إليه، وذلك: العام والعامان، على ما ذهب إليه ابن حبيب، والعشرون عامًا ونحوها، على ما ذهب إليه ابن القاسم.

ويثبت وجود العيب الذي يوجب الرد، وأنه أقدم من أمد التبايع.

قالوا: ويحلف أنه بيع صحيح، وأنه لم يتبرأ منه، وأنه ما اطلع عليه بعد البيع ورضيه، ولا استخدام العبد بعد اطلاعه على العيب.

(ص): **وتصرف المضطر كالمسافر على الدابة ليس برضًا؛ خلافًا لأشهب**

(ش): لما قدم: أن التصرفات الاختيارية تَدُلُّ على الرضا، تكلم على ما لا يدل على ذلك، كالتصرف حالة الاضطرار، ومثل ذلك بالمسافر يطلع على عيب في الدابة فيتمادى على ركوبها، وفي معناه: الحمل عليها.

وقوله: (ليس برضا)، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في "العتبية"، وبه أخذ أصبغ وابن حبيب؛ لأنه كالمكره قال في هذه الرواية: ليس عليه شيء في ركوبها بعد علمه، ولا عليه أن يكتري غيرها، ويسوقها ويركب، فإن وصلت بحالها ردَّها، وإن عجفت ردَّها وما نقصها، أو يحبسها ويأخذ قيمة العيب.

قال في "البيان": ولا يجب عليه الرجوع بها، إلا أن يكون قريبًا لا مؤونة عليه في الرجوع، ويستحب له أن يشهد أن ركوبه إيَّاها ليس برضا منه بالعيب، فإن لم يفعل لم يضره ذلك.

قال أشهب في "الموازية"، ورواه عن مالك: أن حمله عليها رضا كالإقالة، وبه قال ابن عبد الحكم، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (خلافًا لأشهب).

ووقع في بعض النسخ بعد قوله: (ليس برضا): لأنه غلبة. وهو تعليل لا يحتاج إليه؛ لأن قوله: (المضطر)، يُغني عنه.

ونقل في "البيان " عن ابن كنانة: إذا وجد العيب بالدَّابة في سفر فليُشهد عليه ويردَّها ولا يركبها في ردها، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية؛ ليشهد.

وعن ابن نافع أنه لا يركبها ولا يحمل عليها، إلا أن لا يجد من ركوبها أو الحمل عليها بُدًّا في السفر، فليُشهد على ذلك ويركب، أو يحمل إلى الموضع الذي لا يجوز له أن يركبها. يعني: يجد حاكمًا وبينة تشهد له بذلك الموضع بما يستوجبُ رَدَّهَا. قال: فاعرف أنها ثلاثة أقوال. وعلى هذا، فيتحصل فيها بقول أشهب أربعة أقوال.

(ص): **وما لا ينقصه كالدار ليس برضًا؛ لأنَّه غلةٌ**

(ش): أي: إذا اشترى دارًا فسكنها، واطَّلع على عيبٍ بها، وبائعُها غائبٌ أو حاضِرٌ، فله التَّمادي على السُّكنى من غير عُذرٍ. المازري وغيره: ولا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها ويخاصم؛ لأنَّ ذلك غَلَّةٌ وخَرَاجٌ، والخراجُ بالضمان وضمانُها منه.

اللخمي: والغلاتُ له حتى يُحكم بالفسخ.

وقوله: (لأنَّه غَلَّة)، جوابٌ عن سؤالٍ مقدَّرٍ، وكان قائلا يقول: فإذا لم يكن سكناه دليلا على الرضا، وهو قد سكن عالمًا بالعيب عازمًا على الرَّدِّ، فينبغي أن يرد الكراء فأجاب: أنها غلة، والخراج بالضمان. وليس مراده تعليل التمادي على السكنى بالغلة؛ لأن ذلك منقوص بالثوب والعبد ونحوهما.

ويحتمل أن يكون (غلة) موصوفًا، حذفت صفته، والتقدير: أنه غلةٌ غير منقصة، ودل على هذا المحذوف صدر المسألة، وهو قوله: (وما لا ينقصه)، وعلى هذا فتكون الغلة في حصول الرضا الاستغلال المنقص.

(ص): **بخلاف العبد والدَّابة على المشهور، فينزل عن الدَّابة مَا لَمْ يَتَعَذَّر قودها**

(**ش**): أي: أنَّ الحُكمَ في العبد والدَّابة ونحو ذلك، كالثِّيَابِ مُخَالِفٌ للدَّارِ؛ لأنَّ العبد والدَّابة يُغَيِّرُهُمَا الاستعمالُ، ومراده في حق الحاضر؛ لجعله هذا قسيمًا للمُسَافِرِ.

والشاذ لابن حبيب: لا بأس أن يركب الدابة في مكانه، بالمعروف إذا ألجأه البائع إلى الخصومة حتى يحكم له بردها؛ لأن عليه النفقة، ومنه الضمان وكذلك الجارية والعبد له أن يستخدمها بالمعروف.

واتُّفِقَ على أَنَّهُ لبس الثَّوب، أو وطئ الجارية أنَّ ذلك رضًا؛ لأن اللبس ليس غَلَّةً، وهو ينقص الثوب، والوطء لا يحل في أمة لا يختار إمساكها.

وقوله: (فينزل عن الدابة)، تفريعٌ على المشهور، وتبع المصنف في هذا ابن شاس، وهو مخالف لظاهر قوله في "العتبية": وأما الحاضر فإن ركبها ركوب احتباسٍ لها بعد أن علم بالعيب لزمه، وذلك رضًا منه، وأما إن ركبها ليردها، وشبه ذلك، فلا شيء عليه.

وفي "البيان": وأما الحاضر فليس له أن يركبها بعد وجود العيب بها؛ إلا في ردها.

وفيما ذكره المصنف حرج؛ إذ إنَّ نزول ذي الهيئة عن الدابة وقودها؛ ليردها عليه من أعظم الحرج، والظاهر: أن له ركوبها إلى منزله. ويمكن حمل كلام المصنف عليه، بأن يقال: قوله: (ما لم يتعذر قودها)؛ معناه: سواءٌ كَانَ تَعذُّرُ القود من جهتها أو من جهة المشتري؛ لأن المشتري إذا كان من ذوي الهيئات يتعذَّرُ عليه قودها.

(ص): **وإذا زال العيبُ مُنعَ الرَّدُّ إلا فيما له علقةٌ كالطلاقِ، واحتمال عود البَولِ**

(**ش**): هذا هو المانع الرابع؛ أي: إذا زال العيب قبل القيام به، فلا رَدَّ له؛ لأنَّ العلة في تخيير المشتري في الرَّد وجود العيب، فإذا زال العيبُ على وجهٍ تُؤمَنُ مَعهُ العودةُ فيزول التخيير. ثم استثنى ما له علقة كطلاق العبد؛ لبقاء التشوف بعد الطلاق للزوجية، وما لم تؤمن عودته كالبول في الفراش، وهكذا قال ابن القاسم.

وقال أشهب: إن انقطع انقطاعًا بَيِّنًا كالسنين الكثيرة فليس بعيبٍ، وإن كانت اليسيرة فهو عيبٌ.

وحمل اللخمي قول أشهب على الخلاف.

وقال ابن محرزٍ: إذا تحقق الانقطاع فابن القاسم يُوافِقُ أشهب، ورأى أن الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إنما هو للاختلاف في الصورة.

وقال الباجي: يحتمل أن يكون قولُ ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدًا إذا انقطع عنها العشرة أعوام ونحوها.

ولم يذكر المصنف في الطلاق خلافًا، وذكر ابن رشدٍ فيه وفي الموت ثلاثة أقوال:

أحدها - لمالك -: أنَّه لا يذهبُ بذلك؛ لاعتياده بالزوجية، وكذلك الأمةُ لاعتيادها بالزوج، والطلاق أشد؛ لما يخشى من تَعَلُّقِ نفسِه بها، وتعلق نفسها به.

الثاني - لابن حبيب وأشهب -: أنَّ العيب يذهبُ بالموت دون الطلاق.

ابن حبيب: إلا أن تكون الأمة رائعة، يعني: في الموت. ابنُ رُشدٍ: وهو أعدلُ الأقوال.

الثالث: أنَّ العيب يذهب في الموت والطلاق. تأوَّله فضلٌ على "المدونة"، من قوله - إذا اشترى الأمة وهي في عدة من طلاق، فلم يعلم بذلك حتى انقضت العدة -: أنه لا ردَّ له.

قال: وليس ببينٍ؛ لاحتمال علمه بالزوجية دون العدة.

واحتار التونسي أيضًا أنه يرتفع بالموت، والطلاق ليس من هذا الموضع.

ولكن احتج عليه بأنه لو لم يكن كذلك لزم أنه إذا وهبها للعبد يطؤها، ثم انتزعها بأن عليه البيان.

ابن رشد: ولعمري إن بينهما فرقًا؛ لحق الزوجة في الوطء دون الأمة.

(ع): وهذا الفرقُ ليس ببين؛ لأن علة كون الزوجية عيبًا ليس هو وطء الزوج أو الزوجة، وإنما هي تآنس العبد والأمة بالوطء، وذلك لا يفرق فيه سيد من زوج.

(ص): وتغير المبيع اليسير كالعدم فيرد، والمخرج عن المقصود مفيت فالأرش، وما بينهما: يخير المشتري في أخذ أرش القديم، وفي رده ودفع الحادث

(ش): لما تكلم على ما يمنع الرد مطلقًا شرع فيما يمنعه على وجه.

وحاصله: أن العيب الحادث عند المشتري ثلاثة أقسام:

١ - إن كان يسيرًا فلا أثر له، ووجوده كعدمه، والحمل فيه على البائع أولى؛ لأنه

إما مفرط بعدم بحثه عن المبيع، فكان كالمدلس، وإما مدلس.

واختلف في اليسير، فقيل: ما أثر نقصًا يسيرًا في الثمن. وإليه أشار في "المدونة".

وقيل: ما لا يؤثر نقصًا فيه أصلا وإليه ذهب الأبهري.

٢ - وإن كان كثيرًا يخرج المبيع بسببه عن المقصود فيمنع من الرد؛ لأن ذهاب المنافع المقصودة منه تصيره كالعدم.

وإن كان متوسطًا خير المشتري كما ذكر؛ لأنَّ البائع أدخله في أمرين عليه في كل منهما مشقة فعليه في إلزام البيع مع كونه معيبًا تكرهه النفوس مشقة.

وكذلك في إلزامه قيمة العيب الحادث إذا رد المبيع، واشتراه بمائة، ثم اطلع على عيب كان فيه وحدث فيه آخر، فقوم صحيحًا بمائة، ومعيبًا: وبالأول بثمانين وبالثاني بستين، فإما أن يرد ويعطي عشرين، أو يتمسك ويأخذ عشرين، فلو كان اشتراه بمائتين، لكان إما أن يرد أربعين، أو يأخذ أربعين، وبالجملة فاجعل القيمة كالميزان.

ولا فرق على المشهور في العيب بين أن يكون من سبب المشتري، أو من الله تعالى.

وقال أبو الفرج: لا يرد لما حدث عنده شيئًا إن كان حدث بأمر من الله بخلاف ما حدث بسببه فيرد معه ما نقص.

عياض: وهو خلاف أصل المذهب.

(ص): **ما لم يقبله البائع بالحادث فيتعين على الأصح**

(ش): يعني: أن تخيير المشتري بين ما ذُكر مشروط بكون البائع أبى من قبول المبيع على حاله بلا أرش، فإن قبله البائع بالحادث من غير أرشٍ ارتفع تخيير المشتري، وتعيَّن رد المعيب إلا أن يتمسَّك به المشتري بغير أرش. هذا مذهب "المدونة"، وهو الأصح؛ لأن العلة في تخيير المشتري إنَّمَا كانت لما يلزمه من الغرم للحادث، وقد ارتفع السبب وهو: الغرم، فيرتفع مسببه، وهو: التخيير.

وقال ابن نافع وعيسى بن دينار: التخيير باقٍ للمشتري، ولو ارتفع عنه الغرم، عملا بالاستصحاب. وهذا مقابل الأصح.

وقال ابن لبابة: إن كان البائع مُدَلِّسًا فالتخيير باقٍ، وإلا فلا.

عياضٌ: وهو جيدٌ في الفقه.

(ص) **هذا أصل المذهب، والمختلف فيه لتحقيقها**

(ش): أي: ما ذكره من التقسيم هو الأصل في المذهب، وإن اختلف في شيء،

فإنما هو خلاف التحقيق مناط، هل هو من هذا؟ أو من هذا؟

(ص): **ففيها: الوعك أو الرمد والحمى من الأول، وروى أشهب: من الثالث**

(ش): (من الأول)؛ أي: يرد ولا شيء عليه. و(من الثالث)؛ أي: يخير.

وليس في "المدونة": الوعك. وتبع المصنف في نسبة الوعك " للمدونة " المازري وابن شاس لعلهما رأيا أنه في معنى الحمى. وألحق فيها الكي والدماميل والصداع وذهاب الظفر، قال فيها: وأما زوال الأنملة ففي الوخش خاصة.

وحمل الباجي قول ابن القاسم في الحمى على الخفيفة دون ما أضعف أو منع التصرف.

واختار اللخمي أن يوقف في الرمد والحمى حتى ينظر مآل أمرهما، كقول ابن كنانة في مرض العبد الحادث عند المشتري: أنه يوقف حتى ينظر، هل يصح أو يموت؟

وقال ابن القاسم: يرده إلا أن يكون مرضًا مخوفًا.

(ع): ولم أقف على ذكر الرمد في رواية أشهب، وإنما نقل الباجي عنه: الوعك والحمى، ولم يذكر ذلك رواية، وإنما ذكره عن أشهب.

(ص): **وفيها: العمى والشلل من الثالث. وقال ابن مسلمة: من الثاني**

(ش): صرح المازري بمشهورية ما في "المدونة"، وقول ابن مسلمة أظهر؛ لأن العمى والشلل يبطلان المنفعة. وهذا هو تأويل الجمهور.

وتأول عياض "المدونة" على الوفاق لقول ابن مسلمة، وقال: لا شك أن العمى فوت، وإنما ذكره أول الباب في العيوب المفسدة.

(خ): وفيه بعد من جهة اللفظ، لكنه الظاهر من جهة المعنى.

(ص): **وفيها: كبر الصغير من الثاني، وقيل: من الثالث**

(ش): تصوره واضح، فرأى في "المدونة" أنَّ كبر الصغير يصير نوعًا آخر، والقول الآخر لمالك في "الموازية".

(ص): **وعجف الدابة مثله، وهرم الرقيق مثله، وقيل: من الأول**

(ش): مقتضى كلامه أن المشهور في هرم الرقيق وعجف الدابة أنهما مفتيان؛ لأنه شبههما بكبر الصغير، وهو صحيح في الهرم، فإن المشهور - وهو مذهب "المدونة" - أنه فوت. وكذلك ذكر في "الجواهر " أيضًا في عجف الدابة، فقال: واختلف في عجف الدابة وهرم العبد أو الأمة، فالمشهور أن ذلك من الضرب الثالث، ورآهما ابن مسلمة من الضرب الأول.

الضرب الثالث في كلامه هو الثاني في كلام المصنف، والأول في كلامه هو: المفيت.

وكذلك نص اللخمي على إلحاقه بالهرم، لكنه شرط فيه: أن لا يُرجى ذهابه، وفيه شيء وقد قال أصبغ: لم يختلف قول مالك أن عجف الدابة مما يخير فيه المشتري.

وزاد المصنف في الهرم قولا ثالثًا، بأنه من الأول؛ أي: فيرد ولا شيء عليه أو يتمسك، ولا شيء له. وهذا لم أقف عليه، ولا حظ له في النظر، وكذلك قال (ع): أنه لم يقف عليه.

فرع:

وما حد الهرم؟

ذكر أبو بكر الأبهري عن مالك أن ذلك إذا ضعف، وذهبت قوته، ومنفعته أو أكثرهما.

وقال عبد الوهاب: إذا هرم هرمًا لا منفعة فيه، فإنه فوت.

الباجي: والصحيح عندي أنه إذا ضعف عن منفعته المقصودة، ولم يمكنه الإتيان بها، أن ذلك فوت، ويرجع بقيمة العيب.

(**ص**): **ووطء الثيب: من الأول، وقيل: من الثاني**

(**ش**): القول بأن وطء الثيب من القسم الأول هو: المشهور عن مالك وأصحابه، قاله المازري.

والقول الثاني لابن وهب وابن نافع وأصبغ.

وأما وطء البكر فهو عند مالك من: الثالث، وقيده الباجي بالعلي.

قال: وأما الوخش فذلك لا ينقصها، بل يزيدها.

وهكذا نقل المازري عن بعض المتأخرين أنه قال: لا شيء عليه في وطء الوخش.

(**ص**): **وتزويج الأمة مشهورها: من الثالث**

(**ش**): أي: أن من اشترى أمة فزوجها، ثم اطلع على عيب قديم، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنه من القسم فيرد، ولا شيء عليه، أو يتمسك ولا شيء له.

نقله المازري عن بعض المتأخرين، وأخذه أيضًا من قول ابن القاسم في "العتبية": أنه إذا اشترى جارية ثم اطلع فيها على عيب بعد أن زوجها وولدت، أنه إن اختار ردها بالعيب، لم يرد قيمة عيب النكاح والحادث عنده. قال: إلا أن يُقال: إنما قال ذلك لزيادة الولد، فيكون جبر عيب النكاح.

الثاني: أنه من المفيت، وهذا أجراه اللخمي على قول ابن مسلمة فقال: وعلى قول ابن مسلمة في العبد إذا عمي أو ذهبت يده يكون النكاح فوتًا.

فيرجع بقيمة العيب ولا يرد؛ لأن النكاح يبطل الغرض منها إن كانت من جواري الوطء، وإن كانت من الوخش فمن أجل تردد الزوج إليها، أو ترددها إليه، وإن شرط الزوج أن يتبوأ بيتًا فأبين.

الثالث: وهو المشهور، أنه من القسم الثالث.

(ص): **وفي جبره بالولد: قولان**

(**ش**): يعني: أنَّه إذا فرعنا على المشهور فولدت، فهل يجبر الولد عيب التزويج؟

قال ابن القاسم في "المدونة": يجبره، ويرد ولا شيء عليه. وقال مالك وأشهب: لا يجبره.

وأكثرهم يصوب قول مالك وأشهب؛ لأن قول ابن القاسم يشبه قول الشافعي؛ إذ الولد غلة.

ورد ذلك اللخمي؛ لأنه لم يحكم بذلك، لأنه لا خلاف أن ولد الحرة من العبد حر، وولد الأمة من العبد عبد، وولد المعتق بعضها بمنزلتها، وولد المدبرة مدبر، ولو كان الولد غلة؛ لبطل ذلك، وإنما رآه من باب: لا ضرر ولا ضرار؛ لأن الأم إذا عادت بالولد على مثل القيمة الأولى، لم يكن عليه ضرر.

وعلى الجبر فالذي فهمه الأكثر، وهو الصحيح، أَنَّهُ إِنَّمَا يجبر إذا كانت قيمة الولد تساوي قيمة عيب النكاح فأكثر، وَأَمَّا إن كانت قيمة الولد أنقص، فلا بد أن يرد مع الولد ما بقي.

وفهم ابن المواز أن ابن القاسم يقول: أن الولد يُجبر، وإن كانت قيمتُه أنقص، وجعل ذلك بسبب رُجحان قول أشهب.

(ص): **وحادث بيع التدليس إن كان من التدليس كقطع يده بالسرقة، وقتله من حرابة، وموته من حمى، أو كان سماويًا، أو بتصرف معتاد في مثله وهو من الثالث فيهما فهدر، وإلا فكغيره**

(**ش**): يعني: أن من اشترى شيئًا - رقيقًا أو غيره - دلَّس له البائع بعيبٍ فيه، فحدث بسبب العيب في المبيع حادث، ومثله بثلاث صور:

الأولى: أن يكون البائع دَلَّس بِعَيْبِ السرقة، فسرق عند المشتري فقطعت يده.

الثانية: أن يدلس بعيب الحرابة، فقتل بها.

الثالثة: أن يدلس بالحمى، فيموت بها.

وقوله: (أو كان سماويًّا)، اسمُ كَانَ عَائِدٌ على الحادث؛ أي: لم يحدث بسبب عيب التدليس، كما لو دلس بالإباق فأبق فمات، وهذا مُقَيَّدٌ بأن يكون الحادث في زمان عيب التدليس كما مثلها.

وما ذكره المصنف في السماوي مِنْ أَنَّ المشتري يرجع بجميع الثمن هو: المشهور؛ لأن الإباق هو الذي حال بينه وبين منافعه.

وقال ابن دينار: يرجع بأرش الإباق خاصةً، بخلاف ما لو هَلكَ بسبب الإباق، كما لو اقتحم نهرًا فهلك، أو تردى فهلك، أو دخل موضعًا فنهشته حيَّةٌ.

ابن حبيب: وبالمشهور قال جميع أصحاب مالكٍ.

قوله: أو بتصرف معتاد كما لو اشترى معطفًا، فقطعه قُمُصًا أو سراويلات، ولو قطعه قلانس لكان تَصَرُّفًا غيرَ مُعتادٍ. وأطلق في التصرف المعتاد، وهو مُقَيَّدٌ بِأَن لا ينتفع به.

وأما لو انتفع مثل أن يشتري ثوبًا فيلبسه لِبسًا ينقصه، فإنه يرد مع الثوب قيمة اللبس؛ لأنه صون به ماله.

ولو اشترى أَمَةً فاقتضَّها فالروايات أنها كاللبس.

وقال ابن الكاتب: لا يلزمه قيمة الاقتضاض كقطع الثوب.

قوله: (وهو)، عائدٌ على الحادث.

و (فيهما)، عائد على السماوي، والتصرف المعتاد.

وقوله: (فهدر)، جواب الشرط والجملة الشرطية خبر عن قوله: (حادث بيع التدليس).

و (الهدر): الذي لا شيء فيه.

وحاصله: أنَّ مَا حدثَ بسببِ عَيْبِ التَّدْلِيسِ لا يُفصَّلُ فيه، وما حدث بمساوي، أو بتصرف معتاد، فإن كان من الثالث فهدرٌ، وإلا فكغير الحادث من التدليس، ويعمل فيه على ما تقدم.

وتبع المصنف في قوله: (وهو من الثالث)، ابن شاسٍ، وهو قيدٌ ليس بظاهرٍ؛ لأنَّ السَّماويَّ - سواء كان مُفتيًا أو لا - يرجع فيه بجميع الثمن على المشهور كما تقدم.

وأما (التصرف المعتاد)، فإن لم يكن من الثالث، بل من المفيت فليس بمعتاد، والتقييد بالمعتاد يغني عن التقييد بكونه من الثالث.

فإن قلت: هذا إنما يأتي إذا حملنا قوله: (أو كان سماويًا)، على أنَّ ذلك السماوي حدث في زمن الإباق كما ذكرت، ولـم لا حملت ذلك على ما إذا لَم يكن في زمن الإباق؟

فالجواب: لا يصح حمله على ذلك؛ لأنه مُخَالفٌ للمنقول؛ لأن في "المدونة": وما حدث من غير سبب التدليس، فلا يرده إلا مع ما نقصه.

فروع

الأول: لو ادَّعى المدلِّس: أنَّ المُشتري علم بالعيب ورضيه، ففي "المدونة": ليس له أن يحلف المبتاع، إلا أن يدعي على رضاه بمخبر أخبره، أو يقول: قد بينته له فرضيه، - قال فيها -: وكذلك إن قال له: احلف أنك لم تر العيب عند الشراء، فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلفه.

ورأى أشهب أنه ليس له أن يحلفه، وإن ادعى علم رضاه بمخبر أخبره؛ لأنه قد يكذب؛ ليتوصل إلى غرضه. وصوبه اللخمي.

ابن أبي زمنين: وعلى الأول فيحلف أولا البائع، لقد أخبره مخبر. بعض شيوخنا: ويزيد: مخبر صدق.

المازري: ولو ذكر المخبر، وأحال على حاضر لاستغنى عن اليمين.

ابن يونس: ولو كان المخبر مسخوطًا.

الفرع الثاني:

إذا أبق العبد عند المشتري بقرب الشراء، وقال المشتري للبائع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع، إلا وقد أبق عندك فاحلف لي.

ففي "المدونة": لا يمين عليه، وما جهل أمره فهو على السلامة حتى تقوم بينة.

اللخمي: والمسألة على ستة أوجه:

إما أن يقول: يمكن أن يكون سرق عبدُك أو أبق، ولم يحصل ذلك عنده.

أو يقول: أخبرت أنه سرق عبدُك أو أبق.

أو يقول: سرق عندي أو أبق، فاحلف أنه لم يحدث مثل ذلك عندك.

أو يقول: أنه سرق عند المشتري أو أبق، فيقول: احلف أنه لم يكن مثل ذلك عندك.

أو يقول: علمت أنه حدث مثل ذلك عندك. فعليه اليمين في هذا القسم؛ لأنه اجتمع فيه الوجهان: ثبوت السرقة أو الإباق، ودعوى العلم أنه فعل مثل ذلك عند

البائع، ولا يمين في القسم الأول، ولا خلاف في هذين، واختلف فيما سوى ذلك.

الفرع الثالث

إذا أقر ببعض العيب وكتم بعضه، كما لو قال: أبق عندي شهرًا. وكان أبق سنة، وهلك في الإباق، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن هلك في القدر الذي بينه فلا يكون كالمدلس، وإنما يرجع عليه بقيمة العيب، وإن هلك في المقدار الذي دلس فيه فيرجع بجميع الثمن. وكذلك إذا ذكر أقرب من المسافة التي أبق إليها.

ابن يونس: وقال غيره من أهل بلدنا: إذا قال: أبق مَرَّة، وكان أبق مرتين وأبق عند المشتري، وهلك بسبب الإباق، فإنما يرجع بقدر ما كتمه، بخلاف التدليس بجميع الإباق.

وقال غيره: إن بَيَّن لَهُ أكثر العيب الذي هلك بسببه رجع المشتري هنا بقدر ما كتمه، وإن كتمه أكثر العيب رجع المشتري بجميع الثمن.

(ص): **فلو باعه المشتري فهلك بعيب التدليس، فقال ابن القاسم: يرجعُ الثَّالِث على الأول بجميع الثمن، فإن زاد فللثَّاني، وإن نقص كمَّلهُ الثَّانِي**

(ش): أي: فلو باع المشتري العبد الذي دلَّس به عليه البائع، ولم يعلم بعيب التدليس، فأبق عند المبتاع الثاني ومات، قال المازري وابن شاس والمصنف: فقال ابن القاسم: يأخذ الثالث الثمن من الأوَّل؛ أعني: الذي كان أخذه من الثاني، فإن كان مساويًا للثمن الأوَّل، فلا إشكال، وإن كان أنقص منه كمله الثاني، وإن كان أكثر أخذ الثالث منه مقدار ثمنه، وأخذ الثاني بقية ذلك. وصرح المازري وابنُ شاس بأنَّ الثالث يأخذ جيمع الثمن، وإن زاد على ما دفعه الثالث للثاني.

(خ): وفيه نظر؛ إذ ليس بوكيل للثاني على الزيادة، وقد يبرئه منها، ومن حجة المدلس أن يقول للثالث: مُعَامَلَتِي لَمْ تَكُنْ معك، ولولا الثمن الذي خرج من يدك لما كان لك علي مقال، فلا يكون لك غيره.

وَوَجَّهَ المازري هذا القول بأنَّ ابن القاسم قَدَّرَ أنه وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له، فإنَّ المدلس على من باع منه يُقدَّر مدلِّسًا عليه؛ لأنه يقول: لو أعلمت الأوسط بالإباق لأعلمني، فلم أشتر منه؛ إذ كان مدلسًا عليَّ، فأنت سبب إتلاف الثمن علي.

وظاهر ما نقله المازري وابن شاس والمصنف أن الثالث إنما يرجع ابتداء على الأول.

والذي نقله في "الموازية" من رواية أصبغ، ونقله ابن يونس وغيره: أنه إنما يرجع على الأول إذا كان الثاني عديمًا. وقاله سحنون وغيره. فلعل كلام المصنف والمازري مقيدًا بهذا، أو لابن القاسم قولان. وصرح المازري وابن شاس: بأنه إذا نقص عن ثمن الثاني أن الثاني يكمله.

وهو خلاف ما في النوادر وابن يونس عن ابن القاسم: أَنَّهُ إِذَا أخذَ مِنْ الأَوَّلِ الثَّمن فلم يكن فيه إلا أقل من ثمن الآخر، فليس له غيره، ولا يرجع بتمامه على بائعه؛ إذ لم يدلس، إلاأن يكون الثمن الأول أقلَّ من قيمة العيب من الثمن الثاني، فليرجع على بائعه بتمام قيمة عيبه.

(ع): وإنما الذي يقرب من كلام المؤلف - وإن لم يكن هو - ما قاله سحنون: إذ أخذ الثمن من الأول في عدم الثاني، فلم يكن فيه مثل رأس مال المشتري الثاني، فإنه يرجع على البائع الثاني بالأقل من تمام ثمنه، أو قيمة العيب من ثمنه.

(ص): وقال أصبغ: يرجع على الأوَّل بقيمةِ العَيبِ، ويأخُذُ الثَّاني بَقِيَّةَ الثَّمَن

(ش): يريد: وقال أصبغ: إذا كان الثاني عديمًا، يُؤخذ الثمن من الأول فيدفع إلى الثالث منه قيمة العيب التي يستحقها على الثاني، لو انفرد به ويسلم بقيته للأوسط، وهكذا نقل المازري وابن يونس وابن شاس.

وإلى دفع البقية للأوسط أشار المصنف بقوله: (ويأخذ الثاني بقية الثمن).

ابن يونس: ووجه هذا أنَّ الأول مُدَلِّس بعيبٍ هلك العبدُ بسببه فوجب أن يرد الثمن على بائعه، أصله: لو أبق عند الثاني، وأما الثاني فلم يدلس على الثالث، فلم يجب له إلا قيمة العيب من ثمنه، فإذا أخذ من بائعه الأول، فلا كلام له. وليس هو قول أصبغ وإنما رواه عن ابن القاسم، هذا تقرير هذا المحل.

وما ذكره (ر) من أن مراد المصنف: أن الثالث بعد أن يأخذ قيمة العيب من الأول، يأخذ بقية الثمن من الثاني، ليس بظاهر. ولعل ذلك؛ لأن في نسخته: بقيمة الثمن. والصواب: (بقيته)، كما ذكرنا.

(ص): وقال مُحَمَّد: يرجعُ الثالثُ إمَّا على الثاني بالأرش، فيكون على الأول للثاني الأقل مِمَّا غرم، وكمال الثمن الأول، وإما على الأوَّل بالأقل من الأرش وكمال الثمن الأول، فلا يكون على الأول للثاني شيء

(ش): أي: يرجع الثالث على الثاني إن تأتى له الرجوع عليه بأرش عيب التدليس، ثم يكون على الأول لهذا الثاني: الأقل من الأرش، أو كمال ثمنه، مثاله: لو باعه الأول

بمائة، والثاني بمائة وعشرين، وكان الأرش خمسين، فيبقى بيد الثاني سبعون، فيرجع بثلاثين تمام مائته.

ولو كان الأرش ثلاثين لرجع بعشرة تمام ثمنه؛ لأنه إن كان تمام الثمن الأقل فقصاراه: أن يكون العبد هلك، ولو هلك عنده لم كان عليه إلا الثمن الذي أُخِذَ منه، وإن كان ما غرمه أقل لم يرجع بغيره؛ لأنه لولا الغرم لما توجه له رجوع، وإن لم يتأت للثالث على غريمه رجوع فيرجع على الأول؛ لأنه غريم غريمه، فيلزم أن يدفع له أقل الأمرين المذكورين؛ لأنه قصارى ما يلزم الأول للثاني.

وتحصيل هذا القول عند ابن يونس أنه لا يغرم الأول للثالث إلا ما كان يرجع به عليه الثاني لم غرم الثاني للثالث قيمة العيب، وهو الأقل من قيمة العيب من ثمن الثالث، أو من ثمن الثاني، أو تمام رأس مال الثاني. قال: وهو الذي أراد محمد.

(خ): وفي كون الثالث لا يرجع عليه إلا بأقل الأمرين نظر، والظاهر: أنه يرجع عليه بمجموع الثمن الذي أخذه لتدليسه. والله أعلم.

(ص): وإذا حدثت زيادة كالصبغ أخذ الأرش، أو رد وكان شريكًا بما زاد لا بقيمته - دلس أو لم يدلس -

(ش): أي: من اشترى ثوبًا فصبغه فزادت به قيمته، ثم اطلع على عيب، فإنه يكون مخيرًا بين أن يأخذ قيمة العيب ويتمسك بالثوب، أو يرده على بائعه ويكون شريكًا معه في الثوب بما زاده الصبغ، وسواء دلس البائع هنا أو لم يدلس.

مثاله: لو كانت قيمته بلا صبغٍ عشرة، وبالصبغ اثنا عشر، فيكون شريكًا بالسدس.

واختلف الشيوخ هل تعتبر هذه الزيادة والبيع كما يعتبر النقص؟ وهو اختيار ابن يونس. أو لا تعتبر إلا يوم الحكم؟ وهو قول ابن المواز والقابسي.

وقوله: (كان شريكًا بما زاد)، كذلك قال سحنون فيمن ألقت الريح ثوبه في قصرية صباغ.

فرع:

فلو كان الصبغ مُنْقِصًا في مسألة البيعِ لكان له رَدُّها بغير غُرمٍ، وإن كان البائع مدلِّسًا أو حبسها وأخذ الأرش، وإن كان غير مدلس كان كعيبٍ حدث، وقد تقدم حكمه. قال في "الجواهر".

و (الصبغ) بكسر الصاد: ما يصبغ به. وهو مزاد المصنف. وأما بالفتح فهو المصدر.

وأشار بقوله: (لا بقيمته) إلى مخالفة هذا الاستحقاق، فإنه إذا اشترى ثوبًا، فصبغه ثم استحق من يده، فأبى البائع أَنْ يُعْطِي قيمة الصبغ، وأبى المشتري أن يعطي قيمة الثوب، فالمشتري يكون شريكًا بقيمة الصبغ، وَفُرِّقَ بِأَنَّهُ في الاستحقاق أخذت من يده قهرًا، فكان شريكًا بالقيمة؛ إذ قد لا يزيد الصبغ فيمضي عمله باطلا بخلاف العيب، فإنه مُخَيَّرٌ فيه.

وذكر المازري عن بعض الأشياخ: أَنَّهُ جعل الردَّ بالعيب كالاستحقاق.

وقال أصبغ في العامل في القراض يصبغ الثوب من عنده، فلم يزد رب المال ما صبغه به: أنه يكون شريكًا بما أَدَّى، وفُرِّق بأنَّ له حصَّةً في السلعة، وهو مأذون له في تنمية المال، فكأنه صبغه بإذن ربه.

وقالوا فيمن دفع ثوبًا إلى الصباغ، فأخطأ فصبغه غير ما أَمَرَ بِهِ، واعترف الصباغُ بذلك: أن له أن يعطيه قيمة الصبغ، ويأخذ ثوبه، أو يضمنه قيمته يوم قبضه كالغاصب. وقالوا في الغاصب والسارق يغصبان الثوب: يخير ربه في إعطائه قيمة الصبغ، أو يضمن له قيمة الثوب غير مصبوغٍ، ولا يكونان شريكين؛ لتعديهما.

واعلم أن المصنف إنما نص على قوله: (دَلَّس أو لم يُدَلِّس)، تنبيهًا على أن التدليس لا يفترق عن غيره هنا، وإن كان قد يفترق في مسائل أخر.

قال جماعة: والمسائل التي يفترق فيها حكم التدليس عن غيره خمس:

الأولى: إذا صبغه صبغًا ينقص به، فإن كان البائع غير مدلس، فذلك عيب حادث عند المشتري، فيخير: إما أن يرد ويعطى أرش ما حدث عنده، أو يتمسك ويأخذ أرش العيب القديم. وإن كان البائع مدلسًا لم يكن على المشتري للنقص شيء.

والثانية: أن يحصل عيب أو عطب من العيب الذي باعه به، مثل: أن يكون آبقًا فيأبق عند المشتري، أو سارقًا فيسرق وتقطع يده، فإن كان البائع مدلسًا كان ما أصابه عند المشتري منه، وإن كان ما أصابه عند المشتري منه، وإن لم يكن مدلسًا، فالضمان في ذلك على المشتري.

والثالثة: أن يبيع الرجل سلعته وبها عيب، ثم يشتريها من المشتري بأكثر مما باعها به، فإن كان البائع مدلسًا لم يكن له رجوع على المبتاع، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن.

والرابعة: إذا دلس بعيبٍ في سلعةٍ فرُدَّت عليه لم يلزم السِّمسَار أن يرد الجعل، بخلاف ما إذا لم يدلس.

والخامسة: من باع بالبراءة ما يجوز بيعه بالبراءة، فإنه يبرأ مما لم يعلم به، ولا يبرأ مما علم به ودلس. والله أعلم.

(ص): **ويقوم القديم والحادث بتقويم المبيع يوم ضمنه المشتري**

(ش): لما ذكر حكم النقص والزيادة تكلم في كيفية التقويم بها وفي وقته.

وقوله: (بتقويم المبيع)؛ أي: لا يُقوَّمان بانفرادهما، وإنما يُقال: كم قيمةُ المبيع بالعيب القديم؟ كم قيمته بالحادث؟

(ويوم ضمنه)، معمولٌ ليُقَوَّمَ؛ أي: يقوم بالعيبين إذا احتيج إلى قيمتها معًا، أو إلى قيمة القديم وحده يوم ضمن المشتري المبيع، لا يوم الحكم، ولا يوم العقد.

ولا يفصل، فيقال: يقوم القديم يوم ضمان المشتري، والحادث يوم الحكم، خلافًا لابن المعذل، وسيأتي.

(ص): **فإن أمسك قُوِّمَ صحيحًا، وبالعيب القديم**

(ش): أي: فإن اختار المشتري التمسك بالعيب القديم، وأخذ قيمة القديم، حيث يكون له التخيير، فإن المبيع يكفي فيه حينئذٍ تقويمان: يُقَوَّمُ صحيحًا، ثم معيبًا بالقديم، فمهما نقص أخذ نسبة النقص من الثمن.

الباجي: مثل أن تكون قيمتها سالمةً عشرة وبالعيب ثمانية، فيعلم أن العيب خُمسُ الثَّمن، فيرجعُ المشتري على البائع به، فإن كان اشتراه بخمسة عشر رجع عليه بخمسها وذلك: ثلاثة.

(ص): **وإن رَدَّ قوم ثالثًا بهما**

(ش): أي: وإن اختار الرد قوم تقويمًا ثالثاً بالعيبين معًا: القديم والحادث بما نقصته القيمة الثالثة عن القيمة الثانية، حُسِبَ ذلك من القيمة الأولى، ورَدَّ المشتري على البائع تلك النسبة من الثَّمنِ.

وهكذا قال الباجي، فإنه قال - بعد الكلام الذي ذكرناه -: فإن أراد الرد، فإنَّ القيمتين المتقدمتين لا بُدَّ منهما، فإذا تقدمتا جُعلَت قيمةُ السلعة بالعيبِ القديم أصلا، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيبين: القديم والحادث، فيرد من ثمن المعيب بقدر ذلك، وذلك كما لو قيل في مسألتنا: إن قيمتها بالعيبين ستة، فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري ينقص من قيمة المعيب بعيبه الربع، فيرجع من ثمنه بذلك، وقد علمنا أن الباقي بعد العيب الأوَّل اثنا عشر، فيرد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة، وذلك معنى ما ذكره ابن القاسم في "المدونة" وغيرها. انتهى.

وإن شئت قلت: يَرُدُّ خمسُ الثَّمن، ومثالُه أيضًا: لو كان صحيحًا مائة، وبالعيب الأول ثمانين وبالثاني ستين، وكان الثمن مائتين، فإمَّا أَنْ يتمسك ويأخذ أربعين، إما أن يرد ويعطي أربعين.

وهكذا نصَّ عليه محمد والمازري وابن يونس وصاحب " المقدمات".

(ص): **فإن كانت زيادة قُوِّمَ رابعًا بالجميع، وكان شريكًا بنسبة ما زاد عليهما**

(**ش**): كلام المصنف يقتضي أَنَّهُ مع حدوث الزيادة لا بد من أربع قيمٍ، فيه تفصيلٌ؛ لأنه إن تمسك فلا يحتاج إلا إلى تقويمين: يقوم صحيحًا، وبالعيب القديم ليرجع المشتري على البائع بما يقابله.

ولم يتكلم المصنف على هذا لوضوحه، وإنما تكلم على الرد؛ لأن قوله: (فإن حدثت زيادة) تفريع على قوله: (فإن رد قوم ثالثًا).

وما ذكره المصنف من الأربع قيم نحوه في المازري، فإِنَّهُ قَالَ بعد أن فرض أن الزيادة التي زادها المشتري خياطة: وإن كان العيب الذي حدث عند المشتري وهو: قطع الثوب، يريد إذا كان البائع غير مدلس، أو كان مدلسًا، ولكنه قطع غير القطع المعتاد كما قدمناه، فيقال: ما قيمة هذا الثوب لا عيب فيه؟ فإن قيل: مائة. وقيل: ما قيمته وبه العيب الذي كان عند البائع؟

قيل: تسعون. قيل: وما قيمته مقطوعًا؟ قيل: ثمانون. قيل: وما قيمته مخيطًا؟ فإن قيل: تسعون، فقد علمت أن العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من الخياطة، فلا يكون على المشتري قيمة نقص القطع.

وإن قيل: قيمته مخيطًا: خمسة وثمانون، فقد جبرت الخياطة نصف مقدار العيب، فيطالب بمقدار نصف عشر الثمن. وإن قيل: ثمنه مخيطًا خمسة وتسعون، فقد جبرت الخياطة قيمة النقص، وزادت على ذلك خمسة دنانير؛ وهي: نصف العشر، فيكون المشتري شريكًا في الثوب بمقدار ذلك.

وقال (ع): فيما ذكره المصنف نظر، ولا يحتاج إلى تقويمه صحيحًا، بل ذكر التقويم صحيحًا يوهم أن يكون البائع شريكًا بقيمته صحيحًا، ولا يصح؛ لأنه إِنَّمَا خَرَجَ من يده معيبًا.

وكذلك أيضًا: لا احتياج إلى تقويمه بالحادث؛ لأنَّ الزيادة إِنَّمَا تظهر بعد جبره بالصنعة المزيدة، فلو شارك المُشتري البائع بما زادته الصنعة على مجموع العيبين مع أن العيب الثاني إنما حدث في ملك المشتري، لكان في ذلك حيف على البائع. نعم

يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك في الصبغ، هل يجبر الحادث أم لا؟ فالذي يوجبه النظر: أَنَّهُ يقوَّم بالعيب القديم وحده؛ لأن ذلك هو الذي خرج من يد البائع، ثُمَّ يُقوَّم بالصنعة الحادثة، فإن وقعت زيادة على ذلك، فمثل تلك الزيادة تكونُ الشركة الواحدة للمشتري مع البائع.

(خ): وفيه نظر؛ لأنه لا بُد من تقويمه بالعيب الحادث، ثم بالصنعة؛ ليعلم هل تلك الصنعة تجبر العيب الحادث أم لا؟ وقد سلم أنه يقوم بالعيب القديم، فهذه ثلاث تقويمات. وقوله: نعم قد يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك. يقتضي أَنَّهُ قَد يُسْتَغْنَى عن بعض هذه الثلاث، ولا يمكن ذلك، وحينئذٍ إنما ينتفي تقويمه صحيحًا.

وجوابه: أنه لا يعلم العيب القديم إلا بتقويمه صحيحًا، ولو كان كما قال، لزم فيما إذا لم تحدث زيادة، أن لا يقوم إذا أراد المشتري الرد إلا بتقويمين: يقوم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ويرد نسبته؛ لأَنَّهُ لا احتياج إلى تقويمه صحيحًا؛ لأَنَّ السلعة لم تخرج من يد البائع إلا معيبةً، ولا خفاء في عدم ذلك، كما صرح به الباجي والمازري وغيرهما، والله أعلم.

(ص): **وقيل: يقوم الحادث يوم الرد**

(ش): هذا قول أحمد بن المعذل، بناءً على أن الرد بالعيب فسخ بيع.

(ص): **وإذا تعدد البائع جاز رد حصة أحدها**

(ش): يعني: إذا باع رجلان فأكثر سلعة أو سلعًا على الشركة، فاطلع المشتري على عيب، فله أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر، ولا مقال لمن رد عليه؛ لأن ملكه متبعضٌ ابتداءً.

(ص): **وفي رد أحد المشترين قولان**

(ش): اختلف إذا تعدد المشتري واتحد البائع، هل لأحد المشترين الرد دون الآخر، قياسًا على تعدد البائع أو لا؟ لأن فيه التبعيض على البائع، ورجع مالك إلى الأول. ابن القاسم: وهو أبين؛ إذ لو أفلس أحدهما لم يتبع إلا بنصف الثمن.

وأخذ أشهب بالثاني، فقال: ليس لهما إلا أن يردا، أو يحبسا.

والقولان في "المدونة"، ومنشأ الخلاف: هل العقدُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ المبتاع كما يتعدد بتعدد البائع؟ أو لا؟

وإذا فَرَّعْنَا على الرواية التي اختارها أشهب، ولم يرض البائع بتبعيض الصفقة، فقال ابن وهب: إذا أراد أحدهما الرد، وأبى الآخر تقاوياه؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله.

وقال ابن المواز: للمتمسك أخذ نصيب الراد.

وحكى عبد الوهاب عن المذهب: أنه إذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه، لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب.

الباجي: وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب، مثل ما حكاه ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبدًا، فيبيع نصفه، ثم يطلع على عيب، فيريد الرد: فإنَّه يُخير البائع، إمَّا أن يقبل النصف الباقي، أو يدفع قيمة نصف العيب - الباجي: - وهذا مقتضى القياس على قول أشهب، ويحتمل أن يكون معنى قوله: إما أن يردا جميعًا أو يمسكا جميعًا، ولم يبين إذا رد أحدهما.

(ص): **وإذا تعدد المبيع فإن كان المعيب وجه الصفقة أو كأحد الخفين فكالمتحد**

(ش): لم تكلم على تعدد البائع والمشتري، تكلم على تعدد المبيع؛ أي: إذا وجد عيبًا في وجه الصفقة، أو في أحد الشيئين اللذين لا يستغني أحدهما عن الآخر كأحد الخفين، وكذلك الأم مع ولدها؛ لأن الشرع منع من التفرقة بينهما فكالمتحد، فليس له إلا رد الجميع، ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين وجوب قيمتها. واختلف فيمن استهلك سفرًا من ديوان، أو من سفرين فقال بعضهم: يرد السالم وما نقص. وظاهر كلام عبد الوهاب في "شرح الرسالة " عند ذكر التعليق: أنَّهُ يغرم الجميع.

(ص): **وإلا فليس له إلا رد المعيب بحصته يوم عقده**

(ش): هذا ظاهر، ونص ابن المواز أن وجه الصفقة ما زاد على النصف، وهو معنى ما في "المدونة"، على ما نَصَّ عليه ابن يونس. وهذا إِنَّمَا هُو فيما عدا المثليات، وأما المثليات فلها حكم آخر وسيأتي.

(ص): **فإن كان الثمن سلعة فقيمة الحصة التي قابلت المردود، لا جزئها على الأصح؛ لضرر الشركة**

(ش): مثاله: لو اشترى ستة كتبٍ بدارٍ، ثُمَّ اطلع على عيب في أحدها ورده، فإنه يرجع بنسبته من قيمة الدار، لا في جزء الدار على الأصح، فلو كانت الدار تساوي ستمائة، وكل كتاب يساوي مائة، فعلى الأصح يأخذ مائة.

وهو مذهب "المدونة" والمشهور. وعلله المصنف بضرر الشركة؛ أي: على تقدير الرجوع في جزء الدار.

وعليه فهل تعتبر القيمة يوم البيع؟

وهو ظاهر كلام المتقدمين. أو إنما تعتبر يوم الحكم؟ وهو اختيار التونسي،

ومعناه: إذا كانت قائمة يوم الحكم ولم تفت قبل ذلك.

وعلى مقابله يرجع في سدس الدار، وهو لأشهب في "الموازية".

وهو الأصل، ولا سيما إذا كان المعيب النصف، فإنه ينوبه من الثمن النصف.

وليس تغليب حق البائع على المشتري أولى من العكس. وعلى هذا القول، فهل ينقلب الخيار للبائع؟ لما لحقه من ضرر الشركة، ذكر بعضهم في ذلك قولين.

(ص): وإذا تنازعا في العيب الخفي أو قدمه، فالقول قول البائع، إلا أن تشهد العادة للمشتري فالقول قوله

(ش): قال في "الجواهر": والنزاع في العيب في صورتين:

الأولى: في وجوده، ولا تقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيبًا دون أن يثبته بالمشاهدة إن كان يشاهد، أو بالبينة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه، فلا يخلو: إما أن يكون مِمَّا لا يحدث عند المشتري، أو أن يكون مما يعلم أنه لم يكن عند البائع. والقولُ في الموضعين قولُ مَن قَوِيَ سببه منهما مع يمينه. أو أن يكون محتملا فيثبته المبتاع بالبينة إن وجدت. ثم قال: فإن لم توجد البينة فالقول قول البائع مع يمينه؛ إذ الأصل لزوم العقد.

وعلى هذ فقول المصنف: في حدوث (العيب) إشارة إلى الصورة الأولى؛ أي: في وجود العيب الخفي، وأشار إلى الثانية بقوله: (أو قدمه).

وحمل (ع) كلامه هُنَا على صورةٍ واحدةٍ، وهي: إِذَا تَنَازَعَا في القدم والحدوث.

وردَّ الحمل الذي قُلْنَاهُ بِأَنَّهُ لو حمل كلام المصنف الأول - أعني قوله: (إذا تنازعا في العيب الخفي) - على ما إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه، لزم أن يكون كلامه على خلاف ما نص عليه أهل المذهب: أن القاضي لا يلزم البائع الجواب عن قدم العيب وحدوثه، ولا غير ذلك من أحكامه حتى يثبت المشتري وجود العيب، أو يوافقه البائع عليه.

(خ): وفيه نظر؛ لأنَّ ما ذكره المصنف من أن القول قول البائع إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه لا خلاف فيه، وما ذكره من أن القاضي لا يلزم البائع الجواب يدل له لا على خلافه نعم هو شرط كما قاله، والمصنف تركه.

وقوله في "الجواهر": فالقول قول من قوي سببه منهما مع يمينه.

يريد: إذا رجحت البينة قول أحدهما فقط، وأما لو قطعت البينة بالقدم أو الحدوث فلا يمين. نص عليه محمد.

فرع:

فلو أقام المبتاع شاهدًا واحدًا بقدم العيب حلف معه على البت ورجع.

قاله ابن المواز وابن القاسم وابن نافع والمخزومي.

وقال ابن كنانة: لا يحلف معه.

ومنشأ الخلاف: هل يقبل الشاهد الواحد، فيما ليس بمال إذا كان يؤدي إلى المال أم لا؟

واعلم: أنه إنما يكون القول قول البائع في العيب المشكوك فيه إذا لم يصاحبه عيب قديم، أما إن صاحبه عيب، فالقول قول المشتري أنه ما حدث عنده مع يمينه؛ لأن البائع قد وجب الرد عليه بالعيب القديم فصار مدعيًا على المبتاع في الحادث. وبه أخذ ابن القاسم واستحسنه.

ومفهوم قوله: (في الخفي) أن الظاهر لا قيام للمشتري به؛ لاطلاعه عليه. وهو قول ابن حبيب، عليه يعتمد جماعة ممن صَنَّفَ في الأحكام، ويعتمد عليه أصحاب الوثائق.

ومذهب "المدونة" عند جماعة: أنه لا يلزم المشتري سوى اليمين: أنه لم يره وقت البيع، ويحكم له بالرد، وهو الذي ذكره المتيطي.

وقد أوجب في "المدونة" الرد في الزلاء والأقطع والأعور، وكثرة وقوع هذه المسائل وأشباهها، يضعف تأويل من تأول على "المدونة": لعل ذلك إنما كان في أمةٍ أو عبدٍ غائبين.

فرع:

وإن تنازعا فادَّعى البائع أنه أخبره بالعيب أو أراه إياه، وأنكر ذلك المبتاع، فإنه يلزم المبتاع اليمين، فإن حلف رد بالعيب، وإن نكل حلف البائع وبرئ منه. قاله الباجي.

(ص): وإن لم توجد عدول قبل غيرهم؛ للضرورة، قال الباجي: ولو كانوا غير مسلمين

(ش): أي: إذا احتيج إلى أرباب المعرفة في إثبات القدم والحدوث فإن وجد عدول لم يعدل عنهم، وإلا فقال الباجي والمازري وغيرهما: يقبل غيرهم، ولو كانوا على غير الإسلام؛ للضرورة.

وفي "المتيطية": الواحد منهم أو من المسلمين كاف، والاثنان أولى؛ إذ طريق ذلك

الخبر، لا الشهادة على المشهور المعمول به.

وقال محمد: لا يرد بعيب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل النظر والمعرفة.

ابن الماجشون: وإن كان العبد ميتًا أو غائبًا، فلا يثبت إلا بعدلين، باتِّفاق أصحاب مالك من أهل المعرفة.

وفي "الطُّرر": إذا شهد شاهدٌ بعيبٍ أنه أقدم من أمد التبايع، وشهد آخر بعيب أنه أحدث من أمد التبايع، فقال في "الاستغناء": شهادتهما لا تُوجب حكمًا بالرد؛ إذ لم يتفقا على شيءٍ واحدٍ.

وإن كان العيب لا يطلع عليه الرجال، كالعيوب التي في جسد الأمة، أو في فرجها فتثبت بشهادة امرأتين.

وقال سحنون: ما كان في الجسد يعر عنه الثوب، ونظر إليه الرجال، وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء.

(ص): ويمينه: بعته وأقبضته وما به من عيب ينافي الظاهر، نفيًا للعلم في الخفي، وقال أشهب نفيًا للعلم فيهما

(ش): أي: إذا كان القولُ قولُ البائع مع يمينه فَصِفَةُ يمينه: أن يحلف أَنِّي بِعْتُه وَمَا به من عيبٍ، ويزيد فيما فيه حق توفيةٍ: بعته وأقبضته. وعلى هذا فقوله: (بعته وأقبضته) للتفصيل، والواو بمعنى أو.

وقوله: (وما به من عيب) جار فيهما، وبهذا صرح في "الجواهر"، وإنما قلنا: إن (أقبضته) خاص بما فيه حق توفيةٍ؛ لأن مَا لَيْسَ فيه حق توفية ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد، فلا يحتاج إلى الحلف بأنه أقبضه سالمًا، ولا يكلف بما لا يلزمه.

وفي قوله: (وما به من عيبٍ)، نظرٌ؛ إذ لا يلزمه أن يحلف إلا على ما ادَّعاه المشتري من العيب المخصوص. وكذلك قال غيره: أنه يحلف ما باعه وهذا العيب به في علمه.

وقوله: (في الظاهر)؛ أي: كالعرج وضعف البصر والخرق في الثوب.

والخفي: كالزنى والسرقة. وهذا مذهب "المدونة"، وهو المشهور.

وعن ابن القاسم وابن نافع: أنه يحلف على البت فيهما.

واحتجَّ ابن نافع بأنه لو ثبت قدم العيب والبائع غير عالمٍ لردَّ عليه، ولم ينفعه عدم علمه، فلا ينفعه الحلف على نفي علمه.

وأجاب المازري: بأنَّ البينة إذا أثبتت قدم العيب، فقد ثبت السبب الموجب للرد،

ووجب حل البيع المنعقد، وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكًا فيه لم يجب حل المنعقد.

وقال أشهب: يحلف على نفي العلم فيهما. واحتجَّ بأنه إن علم به فهو حانث، وإلا فلا يلزمه الرد حتى يثبت قدمه، فلا يحلف إلا على علمه.

واختلف أيضًا في يمين المشتري إذا نكل البائع على ثلاثة أقوال:

روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي؛ لأن التدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع.

وروى يحيى عنه: أنه كالبائع يحلف على البت في الظاهر، وعلى العلم في الخفي؛ لأن الأصل في اليمين أن تنقلب على نحو ما توجهت. واختاره ابن حبيب.

وقال ابن نافع وابن أبي حازم: يحلف المبتاع على البت.

ولو ثبت العيب فاختلف البائع والمبتاع في تاريخ البيع، فادعى البائع تاريخًا قديمًا يكون البيع حادثًا بالنسبة إليه، وقال المشتري: إنما كان في تاريخ يكون ذلك العيب قديمًا بالنسبة إليه، فقال ابن القاسم وسحنون: القول قول البائع؛ والمشتري مُدَّعٍ، وذكر ابن حبيب اختلافًا في هذا الأصل.

(ع): قوله: (يحلف البائع لقد بعته)، لا معنى له؛ لأن القاضي لا ينظر في أمرهما في هذه المسألة، إلا بعد إقرار المدعى عليه بحصول البيع منهما، أو بعد ثبوته بالبينة.

(خ): وفيه نظر؛ لأنَّ اليمين هنا ليست على حصول البيع، وإنما هي على وقوع البيع في حال عدم العيب، والقبض فيما فيه حق توفيه.

(ص): ويرد النتاج دون الاستغلال وقيمة الانتفاع

(ش): يعني: إذا رد المبيع بعيبه ردَّ معه النتاج، سواء اشتراها حاملا، أو حملت عنده؛ لأنَّ الولد ليس بغلة دون الاستغلال؛ لما صححه الترمذي أن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بأنَّ الخراج بالضمان.

فائدة:

والمشتري لا يرد الغلة في خمسة مواضع: في الرد بالعيب، والبيع الفاسد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس. وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول.

وأما إن لم تفارق فالمشهور: أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهت ولم تجد ولا يبست في الرد بالعيب، وفي البيع الفاسد.

وأما الشفعة والاستحقاق فتُردّ وإن أزهت ما لم تيبس، فإذا يبست لم يجب ردها.

وفي التفليس ترد، ولو يبست ما لم يجدها.

وقيل في هذه المسائل: أنَّ الإبارَ فوتٌ.

المازري: وكان بعض أشياخي يرى أَنَّهُ لا فَرقَ بين هذه المسائل، وَأَنَّهُ يخرَّج في كل واحدةٍ ما هو منصوصٌ في الأخْرَى. انتهى.

(ص): وفي رَدِّ ثمرةِ مَا اشْتَرَاهُ مَأْبورًا قولان

(ش): يعني: أنَّ مَنْ اشْتَرَى نَخلا مَأْبُورًا واشترطه، أو اشترى غنمًا عليها صوفٌ تامٌّ، فجدَّ الثمرة وجزَّ الصوف، ثُمَّ اطلع على عيبٍ، فقال ابن القاسم: يَرُدُّ مَا أخذه من ثمرةٍ أو صوفٍ؛ لأنَّ لها حصة من الثمن.

وقال أشهب: لا يرد؛ لأنهما غلة.

ابن المواز: واتفق ابن القاسم وأشهب على عدم رَدِّ اللبنِ، وَإِنْ كان في الضروع يوم البيع، وذلك خفيف.

وعلى قول ابن القاسم فيرد الثمرة إن كانت قائمةً، وإن فاتت رَدَّ ملكيتها إن علمت، أو القيمة إن لم تعلم.

وأمضاها ابن القاسم في الشفعة إذا لم تعلم بما ينوبها من الثمن. وعد ذلك سحنون اختلافًا من قوله.

ونص ابن يونس في الصوف التام إذا لم يعلم وزنه أن يرد الغنم بحصتها.

وقال في "المدونة": فإن رددت الثمرة كان لك أجر سقيك وعلاجك.

ابن يونس: يريد ما لم يجاوز قيمة الثمرة.

الباجي: وعندي أنه لا يكون له من العمل إلا ما لولا الثمرة لم يعمله؛ لأنهم لم يذكروا في مسألة الغنم الرجوع بالرعي والسقي، وإنما يرجع بالجز عندي، قال: ولم أر فيه نصًا.

تنبيه:

وقع لابن القاسم أنه لو هلكت الثمرة المؤبرة عند المشتري بأمر من الله لم يضمنها المشتري. فعارض هذا بعضهم بما قاله من أنه يرد الثمرة؛ لأن قوله: يرد الثمرة، يَدُلُّ على أن لها حصة من الثمن.

وقوله: أَنَّهُ لا يضمنها، يدل على أنها غير مُشتراة، واعتذر عن ذلك بأنه إنما لم يضمنها؛ لكونها غير مقبوضة للمشتري. ولهذا منع أن تشترى النخل المؤبرة بطعام؛ لكون الثمرة يتأخر قبضها.

وقال بعض المتأخرين: أنه يضمن الثمرة إذا اشتراها بعد الزهو، وإن هلكت بأمر من الله سبحانه. قاله المازري.

(ص): ولو رده فتلف قبل إقباضه ففي ضمانه منه قولان، بناءً على أن الرد بالعيب نقضٌ للبيع من أصله فعلى البائع، أو بيعٌ أو نقضٌ الآن، فعلى المشتري

(ش): أي: ولو ردَّ المشتري المعيب بحكمٍ أو بغيره، فتلف قبل قبض البائع له، فقيل: ضمانه من البائع. وقيل: من المشتري.

ومنشأ الخلاف كما قال: هل الرد بالعيب نقضٌ للبيع من أصله؟ فيكون ضمانه من البائع، أو هو نقضٌ الآن؟ فيكون من المشتري.

قال في "البيان": اختُلف بماذا يدخل المردود بالعيب في ضمان البائع؟ على أربعة أقوال:

الأول - لأصبغ -: يدخل في ضمانه بإشهاد المبتاع على العيب، وأَنَّهُ غيرُ راضٍ بِهِ، وإن لم يرض البائع بقبضه.

والثاني: أنه لا يدخل في ضمانه حتى يرضى بالقبض، أو يُثبت العيب عند السلطان، وإن لم يحكم، وهو الذي يأتي على مذهب مالك في "الموطأ " وقول ابن القاسم في شهادات "المدونة".

والثالث: أنه يدخل وإن رضي، حتى تمضي من المدة ما يمكنه القبض فيه. وهو معنى قول مالك في "العتبية".

والرابع: لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه، ولو مضى زمان يمكنه فيه القبض.

وهو ظاهر "العتبية" أيضًا.

قال: وهذا هو القياس على القول بأن الرد بالعيب ابتداءُ بيع، وأنَّ على البائع فيه حق توفية.

وحكى ابن رشد عن ابن دحون إمكان اشتراط القبض، وأنه غريب. ورد عليه بمثل ما وجه به هذا القول الأخير.

أبو الحسن: والذي ينبغي أن يضاف إلى "المدونة" القول الثالث.

وقال (ر): ظاهر "المدونة" أنه من ضمان المبتاع حتى يحكم له بالرد، أو يرضى البائع بالقبض.

وضعف كون الرد بالعيب ابتداء بيع، بأنه لو كان كذلك؛ لتوقف على رضا البائع.

(خ): وفي قول المصنف: (أو نقض الآن)، نظرٌ، والظاهر: أنَّه لا فرق بين النقض

من أصله والنقض الآن، وأنه يكون من ضمان البائع، وهو ظاهرٌ.

فإن قيل: إذا قلنا: إنه نقضٌ الآن، ينبغي أن يستصحب الضمان على المشتري حتى يصل إلى يد ربه.

قيل: وكذلك إذا قلنا أنه نقض له من أصله.

وإلى هذا التضعيف أشار (ع) في الفرع الذي بعد هذا، وهو قوله:

(ص): **وعليهما رد السمسار الجعل**

(ش): أي: وعلى الأصلين يجري رد السمسار الجعل، فعلى أنه نقض للبيع من أصله يرد، وهو مذهب "المدونة"، وعلى أنه بيع أو نقض الآن لا يرده.

وضعف (ع): بناء عدم الرد على أنه نقض له الآن؛ لأن النقض مقتضى الرد؛ لأن العمل لا يتم ولاعبرة بكونه الآن.

(خ): وهو تضعيف ظاهر، كما تقدم.

وقيد ابن اللباد مذهب "المدونة" بأن البائع لم يدلس، وأما إن دلس فلا يرد السمسار الجعل؛ لأن البائع دخل عليه مع علمه بأن المبيع قد يرجع إليه.

وزاد القابسي فقال: ولم يعلم السمسار بتدليسه، وأما إن علم فله أجر مثله.

وقال ابن يونس: أرى أن يكون له ما سَمَّى من الجُعلِ، كما يكون للبائع المدَلِّسِ الثمن لا القيمة، إلا أن يتعامل مع البائع على التدليس، فحينئذٍ يكون له أجر مثله؛ لأنَّ رب السلعة قال له: دلس، فإن تَمَّ البيع فلك كذا، وإلا فلا شيء لك، وهو غرر.

وزاد ابن سحنون قيدًا آخر " للمدونة"، فقال: بشرط أن يكون الرد بقضاء قاضٍ، لا تبرعًا.

ولو استحقت من يد المشتري فرجع بالثمن ورجع الجعل. وإن فاتت السلعة بيد المشتري فوجب له الرجوع بقيمة العيب رجع بتلك النسبة من الجعل.

وقال بعضهم - على ما نقله ابن يونس مُتَمِّمًا لهذا -: ولو اطلع المشتري على عيبٍ بالمبيع بعد أن حدث به عيبٌ يُوجِبُ لَهُ الخيار، فإن اختار التمسك والرجوع بأرش العيب القديم، فيرد السمسار من الجعل ما ينوب العيب، وإن رد المشتري السلعة وقيمة الحادث، فيرد السمسار الجعل، إلا قدر ما ينوب العيب.

فرع:

إذا كان المبيع يحتاج إلى مؤونة وحمل، كالأزيار والخشب، فاستأجر المشتري على حملها، ففي "المتيطية": إن ثبت أن البائع دَلَّس لزمه أخذ المبيع حيث وجده، ولم

يكن على المبتاع رَدَّه حيث قبضه، وكذلك إذا ادَّعى عليه المبتاع التدليس، فنكل عن اليمين.

وحكى اللخمي قولا آخر: أن على المشتري أن يردها حيث قبضها منه، وصوب الأول.

وإن كان البائع غير مدلس، فإن حمل المبيع إلى موضع قريب لزمه رده إلى حيث أخذه، وإن نقله إلى موضعٍ بعيدٍ كان فوتًا يُوجب الرجوع بقيمة العيب بعد ثبوته.

(ص): إذا صرح الوكيل أو علِمَ فالعُهدَةُ على الموكِّل

(ش): الأصل أنَّ العهدة في الرَّدِّ بالعيبِ والاستحقاق على متولي البيع، إلا في الصورتين اللتين استثناهما المصنف:

الأولى: أن يصرح بأنه وكيل.

والثانية: أن يُعلم كونه وكيلا، هذا مذهب "المدونة"؛ لأنَّ فيها: ومن باع لرجل سلعة بأمره من رجلٍ، فإن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها فإن ردت بعيب فعلى ربها ترد، وعليه الثمن لا على الوكيل، وإن لم يعلمه والوكيل أنها لفلانٍ، حلف الوكيل، وإلا ردت السلعة عليه. وما باع الطوافون في المزايدة، مثل النخاسين وغيرهم، أو من يُعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيبٍ ولا استحقاقٍ.

وقال: أصبغ العُهدَةُ على المتولي، إلا أن يشترط عند البيع أن لا عهدة عليه.

وهذا الخلاف في الوكيل غيرِ المفوَّض، وأما المفوض إليه فالعهدة عليه؛ لأنه أحل نفسه محل البائع، وكذلك المقارض والشريك المفوض.

وأما القاضي والوصي ففي "المدونة": لاعهدة عليهما فيما وليا بيعه، والعهدة في مال اليتامى، فإن هلك مال الأيتام، ثم استحقت السلعة، فلا شيء على الأيتام.

وحمله اللخمي على ما يبيعه للإنفاق عليهم للضرورة، قال: وإن اتجر الوصي لليتيم أُتْبِعَتْ ذمته، كالوكيل المفوض.

وقال ابن المواز: الذي آخذ به في الوصي والوكيل المفوض: أن عليهما اليمين، وإن ذكرا أنه لغيرهما، إلا أن يشترط ذو الفضل منهما أن لا يمين عليه فذلك له، اتِّبَاعًا واستحسانًا لقول مالكٍ.

فرع:

فإن علم المبتاع بعد البيع أن المبيع لغير المتولي، فخيره مالك في الرد أو التمسك، على أن عهدته على الآمر إلا أنْ يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه، فلا

حُجَّة للمُشْتَرِي.

ابنُ المواز: وذلك إذا أثبت أنه لغيره.

وعارضه ابن يونس بأنَّ المذهب في الغاصب إذا باع ما غصبه، ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع: لا خيار للمشتري، ولم يدخل على أن العهدة على المغصوب منه.

وأجاب: بأن ذمة المغصوب منه خير من ذمة الغاصب.

ورُدَّ: بأنَّ هذا الحكم ليس مقصورًا على الغاصب، بل ولا مقال للمُشتري في إجازة المستحق.

وأجيب: بأنه خلف ذلك علَّةً أُخرَى، وهي: أنَّ الاستحقاق قائمٌ في جميع البياعات أو أكثرها، فصار كالعيب الذي يجهله المتبايعان، وما هذا شأنه لا يقام به بخلاف الوكالة، فإنَّ احتمالها ضعيف؛ إذ الغالب أن المتولي هو المالك.

وانظر ما ذكره من انتقال العهدة، وقابله بما قاله عياض في الاستحقاق، لما ذكر عن "المدونة" في مكتري الأرض فتستحق منه فيجيز المستحق الكراء: أنه يمضي، ولا يكون للمكتري ترك الكراء، ويقول: إنما كانت عهدتي على الأول، فلا أرضى أن تكون عهدتي عليك أيها المستحق.

فقال هو: هذا كلام غير محصل، وقد عابه سحنون، وقال: ليس بصواب، ولو رضي بذلك لم تكن عهدته عليه؛ لأن العهدة لا تنتقل، كما لو باعه الغاصب، فاستحقه سيده، فالعهدة على الغاصب لا تنتقل عنه، قاله مالك. انتهى.

فرع:

فإن سُئِلَ السمسار عن رب السلعة، فقال: لا أعرفه.

فقال ابن أبي زمنين: يحلف أنه ما يعرفه، وكذا رأيتُ لكثير من أشياخنا - قال: - وينبغي على أصولهم إن نكل عن اليمين واسترابه السلطان أن يعاقبه بالسجن على قدر ما يراه إن شاء.

(ص): وفي النقيصة التي لا يتغابن بمثلها طريقان: الأولى: قولان: الخيار مطلقًا، والخيار لغير العارف بها

(ش): وهذا يُسَمَّى: القيام بالغبن، سواء كان المغبون بائعًا أو مشتريًا.

و (الغبن) - بفتح الغين، وسكون الباء -: عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مِمَّا جرت به العادة أنَّ الناس لا يتغابنون بمثله، أو بيعها كذلك. وأما ما جرت العادة به، فلا يُوجبُ رَدًّا اتفاقًا.

والطريق الأولى لعبد الوهاب في "المعونة " وحاصله: أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف، وفي العارف قولان.

(ص): **الثانية: إن كان استسلم وأخبره بجهله وأوهمه فله الرد، وإن كان عالمًا غير غالط بالغبن فلا رَدَّ لَهُ، وفي غيرهما قولان**

(ش): هذه الطريقة للمازري وحاصلها: إذا استسلم؛ أي: أخبر البائع أَنَّهُ غير عارف بقيمته. فقال له البائع: قيمتها كذا. فله الرد فإن كان عالمًا بالمبيع وبثمنه، فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين، وفيما عداهما قولان.

(ع): ومشهور المذهب عدم القيام بالغبن.

ولصاحب " المقدمات " طريقة ثالثة: إن وقع البيع والشراء على وجه الاسترسال والاستمانة، فالقيام بالغبن واجب بالإجماع، كما لو قال: اشتر مني سلعتي مثل ما تشتري من الناس. وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام بالغبن اتِّفاقًا، ولا بالغلط على المشهور.

ومعنى (الغلط): أن يبيع شيئًا ثم يظهر خلافه، كما لو باع حجرًا بالثمن اليسير، ثم ظهر أنه ياقوته أو بالعكس.

والقول بأنه يرجع بالغلط هو ظاهر ما في أقضية "المدونة" في الذي يشتري ياقوتةً، ولا يعرفها البائع ولا المشتري أنَّ البيع يُرَدَّ.

وهذا الخلاف في الغلط إنما هو إذا سَمَّى الشيء بجنسه، كما لو قال في الياقوتة: من يشتري هذا الحجر؟ لأن الياقوت يسمى حجرًا، أما لو سمَّاه بغير اسمه، كقوله: من يشتري مني هذه الزجاجة؟ فلا خلاف في وجوب الرد، قاله صاحب " البيان " وغيره.

(ص): **والغبن قيل: الثلث، وقيل: ما خرج على المعتاد**

(ش): أي: واختلف في الغبن الذي يقام به، وتصور كلامه واضح، وقال ابن القصَّار: إذا زاد على الثلث، فيكون ثالثًا.

(ع): وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الغبن المتفق عليه، والمختلف فيه، وظاهر كلام غيره أن الغبن المتفق على اعتباره لا يُوصل فيه إلى الثلث، ولا إلى ما قاربه، بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به.

(ص): **واختلف في عهدة الثلاث، وعهدة السنة فروى المدنيون: يقضى بها في كل بلد، وروى المصريون: لا يُقضى به إلا بعادة أو بحمل السلطان عليها**

(ش): (العهدة) خاصة بالرقيق، ومعناها: كون الرقيق المبيع في ضمان البائع بعد

العقد، وهي عهدتان:

قليلة الزمان كثيرة الضمان، وهي عهدة الثلاث؛ لأنه يضمن فيها كل شيء.

وكثيرة الزمان قليلة الضمان، وهي: عهدة السنة؛ لأنه إنما يضمن عليه ثلاثة أمراض: الجنون والجذام والبرص.

واختلف في وجوب الحكم بها على القولين اللذين ذكرهما المصنف.

وفي "البيان " ثالث: لا يحكم بها وإن اشترطوها، قال: وهو قولُ ابن القاسم في "الموازية". ومحمد بن عبد الحكم يرى عهدة السنة حرامًا لا يُعمَل بها. انتهى.

وعلى رواية المدنيين يجبُ حمل الناس عليها، وعلى رواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلدة العهدة عليها؟

وروى ابن القاسم: وددت أن يحمل الناس عليها.

وروى أشهب: لا يحمل أهل الآفاق عليها، وليتركوا على حالهم.

فائدة:

قال المتيطي: إحدى وعشرون مسألة لا عهدة فيها على المشهور: الأمة أو العبد اللذان ينكح عليهما، والرأس المخالع به، والمصالح به في دم، والمسلم فيه، والمسلم به، والقرض، والغائب يشتري على الصفة، والمقاطع به من الكتابة والذي يبيعه السلطان على مفلس أو غيره، والمشتري للعتق بشرط، والمأخوذ من دين، والمردود بالعيب، ورقيق الميراث، والعبد المرهون، والأمة يشتريها زوجها، والعبد الموصى بشرائه للعتق، والعبد المكاتب به، والعبد الموصى ببيعه من زيد، والعبد الموصى ببيعه ممن أحبَّه، والذي يُبَاعُ بيعًا فاسدًا.

قال: وفي بعض ما ذكرنا تنازع بين مالك وأصحابه.

(ص): **ففي الثلاث: جميع الأدواء على البائع والنفقة والكسوة، بخلاف الغلة على المشهور**

(ش): هذا ظاهر، وإنما كانت النفقة والكسوة عليه؛ لأن الضمان منه، ولذلك كان أرش الجناية له، قاله في "المدونة".

وروى ابن أبي زمنين أن البيع يُفْسَخُ هُنَا؛ لأنَّ الحكم بالأرش موقوفٌ عَلَى البُرء والبُرء لا يُعْلَمُ أمرُه، فَلا يتأتى للمشتري انتفاعٌ بالعبد من أجل وقفه للجنابة، قال: إلا أن يسقط البائع عن الجاني القيام بالجناية، فيجوز البيع حينئذٍ؛ لزوال الوقف. قال: إلا أن تكون الجناية مهلكةً، فلا يجوز البيع؛ لأنه بيع مريض يُخاف موته.

قال في "المدونة" في كتاب الخيار: وما وهب له في عهدة الثلاث من مال أو تصدق عليه به فللبائع.

ابن حبيب: إلا أن يكون المشتري اشترط عليه ماله، فيكون ما وهب له أو تصدق به عليه للمشتري.

ومقتضى هذا أن تكون الغلة له، وجعل المصنف هذا غير المشهور، وهو قريب من كلامه في "الجواهر".

وفي نقلهما نظر؛ لأن في "العتبية" فيما ربح العبد في الثلاث أو أوصى له به، ولم يستثن المشتري ماله فهو للبائع.

المازري: والقاضي أبو محمد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلة وأنها للمشتري، قال: ولكن المنصوص هنا: أنها للبائع.

(ص): وفي السنة: الجنون، والجذام، والبرص، ومستندهما: عمل المدينة

(ش): أي: ودليلنا على العهدتين: عمل أهل المدينة، وفي "الموطأ": أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة، وعهدة السنة.

ونقل ابن عبد البر أنَّ عمر بن عبد العزيز قضى بها، وبها قال الفقهاء السبعة. ابن شهاب: والقضاة منذ أدركنا يقضون بها.

وخرج أبو داود عن الحسن عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ"(١).

وذكر ابن أبي شيبة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثٌ"(٢).

قالوا: ولم يسمع الحسن من عقبة، واختلف في سماعه من سمرة.

وفي "البيان": ضعف بعضهم حديث عقبة.

(ص): وابتداؤهما أول النهار من المستقبل، وقال سحنون: من حين العقد

(ش): قد تقدمت هذه ونظائرها في باب العقيقة، وظاهر كلام المصنف أنَّ قول سحنون نَصٌّ هُنَا. والذي في المازري والباجي: أنه مُخَرَّجٌ على قوله في الصلاة. وهذا

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٣٥٠٦) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة، برقم (٣٧٣٢٢).

إذا كان البيع باتًّا، فإن كان بيع خيار فمن يوم إمضاء البيع.

(ص): وفي تداخلهما قولان

(ش): القولان لمالك، والأقرب عدم التداخل، ابن بزيزة: وهو المشهور؛ لأن الضمان في كل منهما غير الآخر، فصارا كأجنبيين.

وقال: بالتداخل ابن الماجشون، وهو قول ابن القاسم.

فإن اجتمع مع ذلك استبراء، فقال ابن القاسم: عهدة الثلاث داخلة في الاستبراء، وكذلك روى ابن القاسم وأشهب عن مالك في "العتبية".

ابن المواز: وقال ابن الماجشون: يدخل في السنة الثلاث والاستبراء.

وكذلك روى ابن حبيب عن مالك أن عهدة السنة من يوم البيع.

ابن يونس: ووجه رواية ابن القاسم: أنَّ الثَّلاث والاستبراء في البيع التَّام الضمان فيه من البائع من كل شيء، ولا يجوز النقد فيهما بشرط، فلما استويا دخل بعض ذلك في بعض، وعدة السنة الضمان فيها من المبتاع من كل شيء إلا من ثلاثة أدواء، فوجب أن لا تدخل عليها.

ووجه قول ابن الماجشون: أن المُرَاعَى في عُهدةِ السَّنةِ مرورُ الفُصولِ الأربعة بذهابِ السَّنة لبيان السلامة، فوجب أن يكون من يوم العقد.

وفي "الكافي"، قول: أن الثلاث لا تدخل في الاستبراء.

وقال المشايخ السبعة: يبدأ بالاستبراء ثُمَّ بالثلاثة ثُمَّ بالسنة.

(ص): وما يطرأ واحتمل فيها وبعدها فمن المشتري على الأصح

(ش): يعني: أن ما حدث في زمان العُهدة، فإنه من البائع، إذا عُلم أَنَّهُ أُحدث فيها، وأما إن أشكل أمره، هل طرأ في العهدة، أو بعدها؟ فذكر المصنف أن الأصح: أنه من المشتري، وهو قول ابن القاسم، لأنه قال - في العبد يأبق في العهدة، وقد كان البائع تبرَّأ من إباقه فلم يُعلم هلاكه -: أنَّ ذلك من المشتري، حتى يعلم أنه أصابه في العهدة، بناءً على أنَّ الأصل السلامة وانبرام العقد.

والمنقول في اللخمي والباجي وغيرهما عن مالك: أنَّ ذلك من البائع.

وفي جعله مقابل الأصح نظر، وقد قال اللخمي: إن قول مالك أقيس، لأن الأصل أنه في ضمان البائع، ووجوده بعد الثلاث مشكوكٌ فيه، فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك.

(ص): وللمشتري إسقاطها بعد العقد.

(ش): أي: إذا وقع العقد على العهدة فللمشتري إسقاطها، لأنها حق له.

(ص) وللبائع في العهدتين قبله كعيب غيره.

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ: (للبائع) - بلام الجر - وعليها تكلم ر، فقال: يعني: وللبائع إسقاط العهدة قبل العقد، كما له أن يتبرأ من سائر عيوب الرقيق.

وفي بعض النسخ: (والبائع قبله كعيب غيره). فيحتمل هذا، ويحتمل غيره، وهو الذي قاله (ع): إن البائع حكمه في العيب قبل الإسقاط كعيب غيره؛ أي: كالعيب مع عدم الإسقاط، كما لو اشترى عبدًا على عهدة الثلاث وقبضه، فبقي يومًا أو يومين، ثُم أسقط حقه، ثم اطلع على عيبٍ حدث في اليوم الأول أو في الثاني، فحكمه في ذلك حكم من اشترى عبدًا، واطلع فيه على عيبٍ قديمٍ.

(ص): فإن حدث ما يمنع الرد كالعتق، فقيل: تسقطُ بقيَّتُها، وقيل: تبقى ويرجع بالأرش، وقيل: تبقى ويرد العتق

(ش)؛ أي: فلو أعتق المشتري العبد المبيع على العهدة، أو كاتبه، أو دبره، أو أولدها ونحو ذلك، ففي "الموازية": تسقط بقية العهدة. وعليه: تسقط النفقة عن البائع.

وقال أصبغ وسحنون: ينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب.

اللخمي: وهو أحسن.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ثلاثة أقوال:

اثنان كالمتقدمين، والثالث: يرد العتق، وذكر هذا القول في عهدة السنة.

الباجي: وهو في عهدة الثلاث أولى وألزم.

المازري: على نقض العتق بما يحدثُ في العهدة نقضه أيضًا بعيبٍ قديمٍ اطَّلَعَ عليه على طريق من قال: إن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله.

(ص) وفيها: ولا ينقدُ في عهدة الثلاث بشرطٍ، بخلاف السَّنة.

(ش): تقدَّمت هذه المسألةُ مع نظائرها، وفُهم من قوله: (بشرطٍ)، أَنَّهُ لو طاع بذلك لجاز.

قالوا: ولو تطوع به، ثم أراد استرجاعه ووضعه على يد أمينٍ، لم يكن له ذلك، وجاز الاشتراط في السنة؛ لأنها في عيوب يسيرة الغالب السلامة منها، فيؤمن من الوقوع في: تارةً بيعًا وتارةً سلفًا، وَلَعَلَّهُ نَسَبَ المسألة لـ "المدونة" لإشكالها؛ لأنه منع اشتراط النقد في الثلاث، وألزم النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد، وكلاهما في ضمان البائع، وفرَّقوا بغلبة الأمن في الثمار، وبأنَّ ما يطرأُ في الثِّمار يستوي فيه

المتبايعان بخلاف الثلاث؛ لاحتمال تقدم علم البائع بالعيب.

فروع

الأول: إذا بنينا على عدم الجواز بشرط، فنص محمد على أنه لا يجوز في المواضعة وضع الثمن عنده مختومًا عليه، بعض الموثقين: وعهدة الثلاث لا شك مثلها.

الباجي: ويجيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة بيع العربان أن ذلك جائز.

بعض القرويين: وإنما لم يجز هنا الطبع عليه بخلاف الرهن؛ لأن الثمن في المواضعة عين الحق، بخلاف الرهن، فإنه إنما وضع توثقًا.

الثاني: قال محمد: ولو لم يتطوع أولا به، وتشاحًا هو والبائع في إيقافه بيد ثقةٍ إلى انقضاء العهدة أو الاستبراء، فهل يجب ذلك على المبتاع أم لا؟

فيه عن مالك روايتان:

إحداهما - عن مالك في "العتبية" -: أنه لا يلزمه ذلك، وقاله في "المبسوط".

والأخرى - في "الموازية" -: أن ذلك لازم له، وقاله ابن القاسم، وابن حبيب وابن عبدوس.

قال الباجي في "وثائقه"، ودليل "المدونة" ما في "العتبية"؛ لأنه قال فيها: وإذا اشترى الجارية، وهي ممن يتواضع مثلها، أيصلح أن يشترط مواضعة النقد على يد رجل؟ قال: نعم. فدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَو لزمه لما احتاج البائع إلى الشرط.

الثالث: إن تلف هذا المال عند المودع، وخرج المبيع من العهدة سالمًا، فإنَّ الثمن من البائع، وأخذ المبتاع عبده بدون شيءٍ، وإن هلك المبيع فهو من البائع، ومصيبةُ الثمن من المبتاع.

وإن ظهر بالمبيع عيب حَدَثَ في العُهدة، أو كان به قبلها، وأراد المبتاع الاستمساك به، فهل يكون له ذلك مع ضياع الثمن أم لا؟ فيه عن مالك روايتان:

إحداهما: أنَّ له ذلك، ابن القاسم: بالثَّمن التَّالف.

الأخرى: أَنَّه لَيْسَ لَهُ ذلك.

قال ابن الماجشون: يفسخ البيع بينهما، إلا أن يأخذه بثمن آخر، فيكون ذلك له.

وقال سحنون: إن تلف الثمن قبل حدوث العيب، فلا يأخذه إلا بثمنٍ آخر، وإن تلف بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به، فله أخذ المبيع دون ثمنٍ.

الرابع: الجنون الذي يُردُّ به في السنة هو: ما كان عن مس الجان، ومعناه: الوسوسة.

الباجي وغيره: وهو مذهب جمهور أصحاب مالك، إلا ابن وهب، فإنه رأى الجنون مطلقًا يُوجب الرد، ولو كان بضربةٍ أو غيرها.

الخامس: لو ظهر أحد الأدواء الثلاثة، ثم ذهب قبل الرد، فقال مالك وسحنون: يرد بالجنون؛ إذ لا تؤمن عودته.

وأما الجذام والبرص، فقال ابن حبيب: هو كالجنون.

وقال ابن القاسم: لا ردَّ لَهُ، إلا أن يقول أهلُ المعرفة: إنَّ عودته لا تُؤمن، وعلى هذا فالخلاف خلاف في حال.

وأما ما ذهب من العيوب الحادثة في الثلاث قبل الرد، فإن كان مما تؤمن عودته فلا ردَّ، كذهاب البياض من العين، وأما ما لا يُؤمن عودته كالحمى، فقال سحنون: له الرد، وقال أشهب بالتوقيف، حتى ينظر، فإن تَبيَّن ذهابها فلا رَدَّ، وإن عادت بالقرب رد.

(ص): **الضمان: وينتقل الضمان على المشتري بالعقد الصحيح، إلا فيما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد**

(ش): لما فرغ من الكلام في لزوم العقد وجوازه، شرع في بيان حكمه قبل القبض وبعده، وتكلم في أمور ثلاثة: في انتقال الضمان، وفي صورة القبض، وفي وجوبه، ثم إنَّ البيع قسمان: صحيحٌ وفاسدٌ، وبدأ بالصحيح، والدليل على انتقال الضَّمان بالعقد - إلا فيما استثناه المصنف - قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح: "الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"[1]، والإجماعُ: أنَّ الخراج للمشتري بالعقد.

(ص): **وفي الثمار قبل كمال الطيب، وفي المحبوسة بالثمن عند ابن القاسم خاصة**

(ش): هذا معطوف على ما فيه حق توفيه؛ أي: أنَّ هذين لا ينتقل فيهما الضمان بالعقد، أما الثِّمار فلبقاء ضمان الجوائح فيها.

وأما (المحبوسة) - أي: سلعة بيعت وليست من الثمار قبل الطيب، ولا فيها حق توفية، وحبسها البائع، لأجل ثمنها - فضمانها من بائعها.

وهذه إحدى الروايتين عن مالك.

والثانية: أنَّ الضمان من المشتري.

---

(١) مضى تخريجه.

ابن المواز: وإنما اختلف قولُ مالكٍ في هذا إذا لم ينقد.

والمشهور من قول ابن القاسم: أَنَّها تُضمن كالرهن، إلا أن يكون المشتري هو التارك لها فكالوديعة.

ولهذا قال سحنون في نوازله: جميع أصحاب مالك أن المحبوسة بالثمن ضمانها من البائع، إلا ابن القاسم، فإنه رأى حكمها كالرهن.

قال في "البيان": وهو المشهور من قوله: قال: ويتحصل في تلفها إن قامت بينةٌ عليه، قولان:

أحدهما: أن مصيبتها من البائع، وينفسخ البيع.

والثاني: أن مصيبتها من المبتاع، ويلزمه الثمن.

وإن لم تقم بنية على تلفها أربعة أقوال:

أحدها: أن البائع يصدق مع يمينه على ما ادَّعاه من تلفها، كانت قيمتها مثل الثمن أو أقل أو أكثر، وينفسخ البيع، وهو قول سحنون.

الثاني: أنه يصدق مع يمينه على ما ادَّعاه من تلفها ويفسخ البيع، إلا أن تكون قيمتها أكثر من الثمن فلا يُصَدَّق، إلا أن يصدقه المبتاع، وهو بالخيار بين أن يُصَدِّقَهُ فَيُفسخ البيع، أو يضمنه وَيَثبتُ البيعُ، وهو قول ابن القاسم، في هذه الرواية، وهذان القولان على قياس القول بأن المصيبة من البائع، وينفسخ البيع إذا قامت البينة على التلف.

الثالث: أن البائع يصدق مع يمينه، وتلزمه قيمتها، كانت أقل من الثمن أو أكثر، ويثبت البيع، وهو الذي يأتي على المشهور من قول ابن القاسم: أن المحبوسة بالثمن حكمها حكم الرهن.

الرابع: أن البائع يصدق مع يمينه في تلفها، وتلزمه قيمتها، إلا أن تكون أقل من الثمن، فلا يصدق، لأنه يتهم أن يدفع القيمة، ويأخذ الثمن وهو أكثر، إلا أن يصدقه المبتاع، فيكون بالخيار بين أن يصدقه، ويأخذ منه القيمة، ويدفع إليه الثمن، إن كان أكثر، أو لا يصدقه وينقض البيع.

وهذان القولان على قياس القول بأنَّ مصيبة المحبوسة بالثمن من المبتاع إذا قامت البينة على تلفها كالرهن، انتهى.

ونقل غيره عن مالك قولا بالتفصيل، لأنه قال في "مختصر ما ليس في المختصر": إن كان المشتري من أهل البلد، وهو مُوسِرٌ فَالمصيبةُ مِنَ البَائِعِ، وإن كان غريبًا، أو ليس

بموسر فالمصيبة من المشتري.

وقوله: (خاصةً)، عائدٌ على قول ابن القاسم، أي: أنَّ ابن القاسم انفرد به دون أصحاب مالك، كما قاله سحنون، وجعله (ع) عائدًا على المحبوسة، لا إلى ابن القاسم، قال: لأن ابن القاسم لم ينفرد به، بل هو أحدُ قولي مالك في "المدونة"، قال: وكذلك المحتبسة، لأجل الإشهاد عند المتأخرين.

فرع:

إذا بقيت السلعة بيد البائع على سبيل المساكتة، فاختلف المتأخرون، هل تلحق بالمحبوسة بالثمن، أو بالوديعة؟ على قولين: بناءً على وُجوب التسليم بمجرد العقد حتى يتبين قصد احتباسها، والأصل بقاؤها على ملكه، وإنما يرضى بتسليمها إذا قبض ثمنها.

(ص): وقيل: بشرط مُضي زمن يتسع للقبض، وقيل يشترط تمكين البائع، وقيل: لا ينتقل إلا بالقبض كالشيء الغائب يقدم والمواضعة

(ش): هذه الأقوال راجعة لصدر المسألة؛ أي: المشهور أن الضمان ينتقل بالعقد، وقيل: إنما ينتقل بالعقد بشرط مُضي زمانٍ يَتَّسِعُ للقبض، حكاه المازري عن بعض الأشياخ:

وقيل: بشرط تمكين البائع من القبض. وليس أخص من الذي قبله، لأنه قد يوجد تمكين البائع للمشتري من القبض إثر البيع قبل تمام الزمان الذي يتسع للقبض.

وتصور الثالث ظاهر، وعزاه ابن رشد لأشهب، وحكاه أيضًا المازري عن بعض الأشياخ، وأنكره ابن دحون، وردَّ عليه ابن رشد بوجوده.

وقوله: (كالشيء الغائب)، أي: كما أن الشيء الغائب والمواضعة لا ينتقل ضمانها إلا بالقبض فكذلك هذا، وفي بعض النسخ: (كالمستثنى والغائب).

فيكون مراده بالمستثنى ما استثناه أولا بقوله: (إلا فيما فيه حق توفيه...) إلى آخره.

وليس ذكره المواضعة بَيِّنًا، لأنَّ ضمان البائع فيها ينتهي بخروج الأمة من الحيض، بل الذي نقله الباجي: أن الضمان ينتهي برؤية الدم. قال: لأن ابن القاسم في "المدونة" أجاز للمشتري برؤية الدم الاستمتاع.

وما ذكره المصنف - من أنها في ضمان البائع إلى قبض المشتري - (ع): قد أنكر وجوده في المذهب بعض كبار الشيوخ وحفاظهم، وبنى على هذا الإنكار تخطئة ما يثبته الموثقون وغيرهم من الحكم على البائع بإنزال المشتري في الربع المبيع وتطواف

الشهود عليه، وقال: ولو كان هذا لازمًا للبائع، لكان ذلك حق توفية، فيكون ضمان الدار المبيعة من بائعها حتى يقبضها المشتري، وأثبت بعضهم هذا القول في المذهب، ورأى أن القول بإنزال المشتري مبنيٌّ عليه، وبالجملة فهو قولٌ مختلفٌ في ثبوته بين الشيوخ، وأصول المذهب تأباه.

(ص): والقبض في المكيل بالكيل، وفي الموزون بالوزن، وفي المعدود بالعدد

(ش): هذا هو القسم الثاني في صورة القبض، وهو ظاهر.

فرع:

وهل أجرة الكيل على البائع أو على المشتري؟

في "الموازية"، قولان:

ابن شعبان: أجرة الكيل والوزن في المبيع على البائع، وفي الثمن على المشتري.

عياض: وهذا موافق للقول أنه على البائع؛ إذ كل واحد منهما بائع شيئه من صاحبه. وهو الأقرب.

(ص)، وفي اعتبار قدر المناولة: قولان

(ش): أي: إذا وزن أو كال أو عدَّ، فهل ينتقل بمجرد ذلك، بحيث لو تلف حينئذٍ كان ضمانه من المشتري؟ أو لا بد من اعتبار قدر المناولة؟ وأطلق الخلاف تبعًا للمازري وابن شاس.

وزاد المازري ثالثًا: إن كان المشتري هو متولي الكيل لنفسه فالضمان منه.

وتبع (ر) و(ع) هذه الطريقة.

وقال في "البيان": إن تولى البائع أو أجيره الكيل، ثم سقط المكيال من يد البائع، وقبل أن يصبه في وعاء المشتري، فلا خلاف أنَّ ضمانه من البائع، وإنما الخلاف إذا تولَّى ذلك المشتري أو أجيره، فروى يحيى عن ابن القاسم أن مصيبته من البائع، ورواه أشهب عن مالك.

وقال سحنون في نوازله: إن مصيبته من المبتاع.

وسواءٌ كان المكيال من البائع، أو من المبتاع، إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبتاع إلى منزلة، ليس له إناءٌ غيره، فيكون ضمان ما فيه منه إذا امتلأ، كان له، أو للبائع واستعاره منه المبتاع. قاله ابن وهب في رواية ابن أبي جعفر، عنه.

(ص): وفي العقار بالتخلية

(ش)، أي: والقبض في العقار بالتخلية، أي: يخلي البائع بينه وبين المشتري،

ويمكنه من التصرف فيه بتسليم المفتاح.

وشرط الشافعية فيه تفريغه من أمتعة البائع، وبه فسر (ر) كلام المصنف، وكذلك قال (ع): إن أخلاها من الشواغل، هو ظاهر كلام المصنف.

وليس بظاهر، لأن المصنف إنما قال: (التخلية)، وإنما يأتي ما قالاه لو قال: الإخلاء، بل يُكتفى بالتسليم، وإن لم يحصل الإخلاء، لأن مقتضى كلام اللخمي أنه يُكتفى في الدور بمجرد التسليم.

قال: إلا في دار سكني، فلا بد من إخلائها من الشواغل.

وقد نص المصنف في الرهن على أن (قبضه كقبض المبيع).

(ص): **وفي غيرها العرف**

(ش) أي: والقبض في غير المثلي والعقار، ما يعد في العرف قبضًا، كاختيار الثوب، وإعطائه رسن الدابة.

(ص): **وإذا اختلفا في البداية أجبر المشتري، وقيل: يخليان، فمن سلم أجبر له الآخر**

(ش): هذا هو القسم الثالث، وهو الإجبار عليه، ولا شك أنَّ كلا من المتبايعين يجب عليه تسليم العوض، فإن اختلفا، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض.

وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض.

المازري: ولا أعرف فيها نصًا لمالك، ولا للمتقدمين.

ابن القصار: والذي يقوى في نفسي - على المذهب - أحد أمرين:

١ - جبر المشتري، وهو مذهب أبي حنيفة.

٢ - أو إعراض الحاكم عنهما، فمن تطوع منهما أجبر له الآخر.

قال: وإن يجبر المبتاع أقوى. فأنت ترى كيف لم يجزم بشيء! والمصنف قد حكى الاحتمالين، قولين: فليس بجيد.

وخرج عبد الحميد، قولين:

أحدهما: جبر المشتري، من جبر الزوج على دفع الصداق قبل الدخول؛ لأن الزوج مشتر، والمرأةُ بائعةٌ.

والثاني: تبدئة البائع من اختلاف المكتري وصاحب الدابة، فإنه قال في الأكرية من "المدونة": يبدأ صاحب الدَّابة بالدفع، فكلما مضى يوم أخذ حصته من الكراء.

ونقل بعض من تَكَلَّم على هذا المحل، عن شيخه الزواوي: أنه كان يتعجب من

احتياجهم إلى مثل هذا الاستقراء على ضعفه، وفي "المدونة" ما هو نص أو كالنص على تبدئة المشتري، ففي كتاب العيوب منها: "ومن اشترى عبدًا فللبائع أن يمنعه من قبضه، حتى يدفع إليه الثمن.

وكذلك قال (ع)، وزاد موضعًا آخر كهذا، وهو أنَّه قال في هبة الثواب: فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع.

وقال القاضي إسماعيل: يدفع الثمن والمثون إلى رجلٍ، فيدفع الرجل إلى كل منهما ما يستحقه.

وصحَّحَ المازري أنَّ المتبايعين يخرج كل واحد منهما ما عنده، ويمدُّ يده إلى صاحبه، وإن تعذَّر هذا انتقلا إلى القرعة.

(ص): **قال ابن القاسم: لا ضمان في الفاسد إلا بالقبض، وقال أشهب: أو بالتمكين أو بنقد الثمن.**

(ش): لما قدَّم ما ينتقل به الضمان في الصحيح أخذ يتكلم فيما ينتقل به الضمان في البيع الفاسد، وتصور كلام ابن القاسم ظاهر.

وزاد أشهب سببين آخرين للضمان، وهما: تمكين المشتري من السلعة، وإعطاء الثمن للبائع.

وقال سحنون: إنَّما يضمن بعد العقد ضمان الرَّاهن.

والأظهر قول ابن القاسم، لأنَّ المشتري إنما قبض لحق نفسه على نحو ما يقبض المالك، ولم يقبضه للانتفاع بالثمن كالرهن، ولا للانتفاع به مع بقائه كالعواري، ولا دخل على احتمال ردِّه كالخيار.

(ص): **ويُقَوَّمُ وقت ضمانه لا وقت العقد**

(ش): أي: أنَّ المبيع بيعًا فاسدًا إذا فات، ووجب ضمانه فيُقَوَّمُ في أوَّل أزمنةِ ضمانه، وهو: يوم القبض عند الجميع، أو: يوم التمكين، أو: دفع الثمن عند أشهب، ر: وما ذكره المصنف هو المشهور.

وقيل: يُقَوَّمُ يوم العقد.

وقيل: يُقَوَّمُ يوم الفوت.

(ص): **واستعماله مطرح، إذ الخراج بالضمان**

(ش): أي: وما استغله المشتري من المبيع بيعًا فاسدًا فهو له، ولو فسخ البيع وردَّ المبيع، وعلَّله بما ذُكر.

(ص): **ولا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض والفوات**

(ش): يعني: أنا لو قلنا: الضمان في المبيع بيعًا فاسدًا ينتقل بالقبض، فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات.

وفي بعض النسخ: (على المعروف)، إشارةٌ إلى ما ذهب إليه سحنون أن الملك لا ينتقل بوجهٍ في الحرام البيّن.

وذهب ابن مسلمة إلى أن الفسخ بعد القبض استحسان. وظاهره: أنَّ العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك.

(ص): **قال ابن القاسم في الحرام البين: المثل في المثلي، والقيمة في غيره، وما كرهه الناس يمضي بالثمن، وقيل: بتعميم الأول**

(ش): نسب هذا لابن القاسم، لاختصاصه به؛ أي: أن ابن القاسم فرق في الفاسد بين أن يكون حرامًا صريحًا ثبت تحريمه بنصٍ أو إجماعٍ وشبه ذلك، وبين أن يكون مدرك تحريمه قياسًا، وعمومًا بعيدٌ، فالأول يلزم فيه القيمة في المقوم، والمثل في المثلي، والثاني يمضي بالثمن، أي: يمضي بالفوات. نصَّ عليه في "الجواهر".

(ع): وليس كظاهر كلام المصنف مما يعطيه أنه يمضي بالعقد، وباشتراط الفوات علم أنه لم يرد المكروه الذي هو مقابل المندوب، وإنما أراد ما جرت عادة المتقدمين من إطلاق المكروه على نوع من الحرام، ولهذا أكد الحرام بالبين في القسم الأول، ومثل ابن القاسم المكروه بمن أسلم في حائطٍ بعينه قد أزهى ويشترط أخذه ثمرًا، فإنه يفوت بالقبض.

وقوله: (وقيل: بتعميم الأوَّل)، أي: الذي هو الحرام البين، فيفسخ مطلقًا، فإن فات وجبت من القيمة إن كان مقوَّمًا، والمثل إن كان مثليًا، وهو قول ابن نافع وسحنون.

وحكى اللَّخمي في المختلف فيه أربعة أقوال:

قيل: يمضي بالعقد.

وقيل: بالقبض.

وقيل: بالفوات فيمضي بالثمن.

وقيل: بالقيمة، كسائر البياعات الفاسدة، وهو قول من لم يراع الخلاف.

(ص): **فإن كان درهمان وسلعة تساوي عشرة بثوبٍ فاستحقت السلعة، وفات الثوب، فله قيمة الثوب بكماله على الأصح، ويرد الدرهمين، لا قيمة نصفه وثلثه**

(ش): يعني: فلو كان التعاوض بأن دفع رجلٌ درهمين وسلعة تساوي عشرة

دراهم، وأخذ ثوبًا، فاستحقت السلعة من يد من أخذها، فحقه أن يرد الدرهمين ويرجع فيأخذ ثوبه؛ لأنه لما استُحقَّ جُلُّ ما بيده، انتقضت الصفقة كلها، لكن المصنف فرض فوات الثوب، وفواته بحوالة الأسواق فأعلى.

وقوله: (فله)، أي: مع الفوات قيمة الثوب كاملا، ويرد الدرهمين لصاحب السلعة بناءً على أن الصفقة إذا استحق جلها انفسخت كلها، وهذا هو المشهور.

وقيل: إنَّما له قيمة خمسة أسداسه في المثال المذكور، بناءً على صحَّة البيع فيما قابل الدرهمين؛ لعدم استحقاقها؛ لأنك قد علمت أنَّ قيمة السلعة عشرة دراهم، فإذا أضفت إليها الدرهمين كانت نسبتها من الجميع السدس، فيمضي البيع في سدس الثوب، فلو كانت قيمته خمسة عشر مثلا قاصَّه بدرهمين، ويرجع بثلاثة عشر على المشهور، وعلى مقابله باثني عشر ونصف، فلو كانت قيمته تسعة رجع على المشهور بسبعة وقاصه بدرهمين، وعلى مقابله بسبعة ونصف، أما لو كانت قيمته اثني عشر كمعوضه رجع بعشرة اتِّفَاقًا، ويقاص بدرهمين على المشهور، ويملكها على مقابله بغير مقاصة.

وزعم (ع) أن قوله: (لا قيمة نصفه وثلثه)، لا يريد به خصوصية هذه المسألة، لاستحالة أن تكون السلعة ثلثًا أو نصفًا، وإنما مرادة: لا قيمة ثلثه إن كانت السلعة ثلث الصفقة، كما لو كانت تساوي درهمًا واحدًا، ولا قيمة نصفه، كما لو كانت تساوي درهمين، وهذا ليس بظاهر لما ذكرناه.

(ص): **والفوات بتغير الذات، وتغير السوق، والخروج عن اليد بالبيع الصحيح، وتعلق حق الغير بها، كرهنها وإجارتها**

(ش): لما ذكر أن الملك ينتقل بالفوات ذكر له أربعة أسباب:

الأول: تَغَيُّر الذات.

والثاني: تغير السوق.

والثالث: الخروج عن اليد ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو عتق، وليس تخصيص المصنف البيع بظاهر.

والرابع: تعلق حق الغير بها، كما ذكر، وظاهر كلامه يقتضي: أن تغير الذات يفيت المثلي، وقاله ابن شاس.

والذي في اللخمي والمازري وابن بشير: أنه لا يفوت، لأن المثل يقوم مقامه.

ص: **ويعتبر فوات الغرض المقصود، فتفوت الدار بالهدم والبناء.**

(ش): أي: ويعتبر في التغيير الموجب للفوات أن يكون ذلك التغيير مفيتًا للمقصود، ولا شك أن التغيير على هذا الوجه مفيت، ومفهومه: أن العيب الذي لا يفيت الغرض ليس بفوت، وظاهر النقول خلافه، ففي "المدونة": ومن اشترى أمةً بيعًا فاسدًا فولدت عنده، ثم مات الولد، فذلك فوت.

وقال اللخمي: تغير المبيع في نفسه بزيادة أو نقص مفيت، وأطلق.

قوله: (فتفوت الدار بالهدم)، وقال في "البيان " في جامع البيوع: إن الحائط في البيع الفاسد لا يفوت بالبناء اليسير، قال في "العتبية": ويكون على رب الحائط - إذا رد إليه - ما أنفق في بنيان جدار، أو حفر بئر، وقيل: قيمة ما أنفق.

(ص): **والأرض بالغرس وقلعه**

(ش): قال في "الجواهر": وكذلك حفر الآبار وشق العيون. ولا شك أن هذا مفيت.

وقسمها أصبغ في "العتبية" على ثلاثة أقسام، فقال فيمن اشترى أرضًا، بيضاء شراءً فاسدًا فقبضها المشتري، فغرس حولها شجرًا، حتى أحاط بالأرض وعظمت في ذلك المؤونة وبقي أكثرها بياضًا: أنه فوت لجميعها، وإن كان إنما غرس ناحية من الأرض فاتت تلك الناحية، وإن كان إنما غرس يسيرًا لا بال له رد جميعها، وكان للغارس على البائع قيمة غرسه.

ابن محرز والمازري: والصواب أن تكون له قيمتها قائمة، لأنه غرسها بشبهة. وخرج بعضهم قولا بأنه يأخذ ما أنفق.

وجعل في "البيان " الناحية التي تفوت بالغرس، أن تكون قيمتها ثلث المجموع أو ربعه، وعلى هذا فيكون اليسير الذي لا يفوت به ما دون ذلك: الربع.

ونقل في "البيان " قولا آخر في الغرس في الناحية: "إن البيع يفسخ في الأرض كلها، فيبطل عن المبتاع جميع الثمن إن كان لم يدفعه ويرد إليه جميعه إن كان دفعه، وعليه قيمة الناحية التي فاتت بالغرس بالغةً مَا بلغت - قال: - وهذا القول قائمٌ من "الدمياطية" لابن القاسم.

واحترز بـ (الغرس) من الزرع، فلا يكون فوتًا، قاله ابن القاسم.

قال ابن المواز: فإن فسخ في إبان الزراعة لم تقلع، وعليه كراء المثل، وإن فسخ بعد الإبان فلا كراء عليه.

(ص) **فلو باعه قبل قبضه، فقولان**

(ش) أي: فلو باع المشتري المبيع - بيعًا فاسدًا - بيعًا صحيحًا، فإن كان البيع بعد قبض المبيع فات، وإن كان قبله فاختلف، هل يفوت؟ قولان لمالك في "الموازية".

عياض: واختلفوا في حمل "المدونة" عليهما، ولا يختلفون - أنه لو علم بالفساد ثم باعها قصدًا للتفويت -: أن بيعه غيرُ ماضٍ.

وقوله: باعه ثانيًا، أي: بيعًا صحيحًا، وأما الفاسد فلا أثر له.

(ع): وما قاله عياض إنما يتم إذا كان المشتري منه واطئه على قصد التفويت، وأما إن لم يقصده فلا يبعد أن يختلف فيه، على أن بعضهم أشار إلى وجود الخلاف فيه نصًّا، ووقع في بعض الروايات أن المشتري إذا قصد إلى تفويته بالبيع من غيره، فإنه لا يفوت بذلك إلا بالعتق، انتهى.

وفي اللخمي: البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد، وإن قصد بذلك التفويت، فانظره مع كلام عياض.

(ص): وتغير السوق يعمل في الحيوان والعروض، دون العقار وذوات الأمثال من المكيل والموزون والمعدود، وقيل في الأربعة كغيره

(ش): يعني: إن تغير السوق بزيادةٍ أو نقص (يعمل)، أي: يفيت الحيوان والعروض باتفاق، ولا يعمل في العقار وذوات الأمثال على المشهور.

وقال ابن وهب: يعمل أيضًا فيهما، وإليه أشار بقوله: (وقيل: في الأربعة كغيره)؛ لأنه أراد بالأربعة: العقار وثلاثة أنواع المثلي: المكيل والموزون والمعدود، وفرق للمشهور: بأن غالب شراء العقار للقنية، فلا يطلب فيه كثرة الثمن وقلته بخلاف غيره، وبأن الأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل، والقيمة كالفرع، فلا يعدل إليها مع إمكان الأصل.

(ص): وفي بيعه قبل قبضه قولان

(ش)، أي: وفي بيع المذكور، وهو: العقار وذوات الأمثال، وهما القولان المتقدمان وكرره؛ لأنه لما لم يعمل فيها تغير السوق، فلا يتهم؛ لأجل ذلك أنه لا يعمل فيها غيره من المفوتات على أن الظاهر أن مراده بهذا خلاف الأول، ويتضح لك ذلك بما قال في "الجواهر": فلو باع ما اشتراه شراءً فاسدًا قبل قبضه، فقد رأى المتأخرون في نفوذ البيع له وهو في بائعه، قولين، قالوا: وكذلك عكسه: وهو أن يبيع البائع ما باعه بيعًا فاسدًا بعد قبض من اشتراه الشراء الفاسد، وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد هل ينقل شبهة الملك أم لا؟ انتهى. فيحمل كلامه في هذا الفرع على الفرع الثاني الذي

في ابن شاس، وقد حكى ابن بشير هذا الخلاف أيضًا.

(ص): **وفي طول الزمان في الحيوان: قولان**

(**ش**): أي: وفي مجرد الطول فقط، والقول بأنه مفيت مذهب "المدونة".

والقول الآخر ذكره ابن شاس، وعلى المشهور فذكر فيها في العيوب أن مرور الشهر فوت، وذكر في السلم أن الشهر والشهرين لا يكون فوتًا، وحمله اللخمي على الخلاف، ورأى المازني أنه ليس بخلاف، وإنما هو اختلاف في شهادة.

تنبيه:

سكت المصنف عن الطول في غير الحيوان، أما العقار، فقال في "البيان": اختلف قول ابن القاسم في **طول** الزمان، هل هو فوت في الأرضين والدور، أم لا؟

والقولان في كتاب الشفعة من "المدونة" نص في موضع منها:

أن طول الزمان فوت. وفي موضع آخر: أن السنتين والثلاث ليس بفوت، فيدل أن طول الزمان فوت.

ونقل اللخمي والمازري: أنَّ مالكًا وابن القاسم، قالا: لا يُفيتها الطُّول.

قالا: وقال أصبغ: إلا أن يكون الطول كالعشرين سنة، فإنَّ هذا لا بد أن يدخله التغيير في بعض الوجوه والبلاد، وأشار المازري إلى أنَّ ما ذكره أصبغ لا يُخالف فيه، والروايات المذكورة فيها أن مجرد الطول لا يفيت، إنما أطلقت على أن **طول** الزمان لم يغير عينها.

وأما العروض ففي "المدونة": لا يفيتها الطول إذا لم تتغير في نفسها، ولا حال سوقها.

وذكر (ر) أن **طول** الزمان في العروض مفيت، قال: لسرعة التغير فيها.

(ص): **ونقل العروض والمثلي من بلد إلى بلد بتكلف وإجارة، ووطء الأمة كتغير السوق**

(**ش**): أي: فيفيت غير المثلي، ولا يفيت المثلي على المشهور، وهذا ظاهر كلامه، وفيه نظر؛ لأن الذي نقله المازري وغيره: أن نقل العروض والمثلي مفيت، ولم أر خلافه.

وتقييده (بتكلف وإجارة) يخرج الحيوان الذي ينتقل بنفسه، فلا يكون نقله فوتًا.

قال المتأخرون: إلا في خوف الطريق، أو أخذ مكسٍ عليه، فذلك فوتٌ، لما فيه من الضرر.

ونبَّه بقوله: (بتكلف وإجارة) على وجه إلحاقه بتغير السوق، وهو ما يلحق من الغرامة فيهما.

وما ذكره المصنف في وطء الأمة هو لابن القاسم في "الموازية"، ووجهه: أنه يفتقر إلى إيقافها إلى الاستبراء، ويمنع السيد من التصرف فيها بالبيع والوطء وغيره، فيلحق البائع الأول الضرر.

اللخمي: ولم يجعل ابن القاسم الغيبة عليها فوتًا، ولا يعلم الوطء إلا من قبله، فإن قال: وطئتها صدق، وإن قال: لم أصبها، وصدقه البائع ردت، ووقفت للاستبراء، وإن كذبه، وكانت من العلي لم ترد، وإن كانت من الوخش، فإنَّ القول قوله: أنه لم يصب، ورُدَّت ولم توقف.

(ص): ولو ارتفع السبب قبل الحكم بالفوات، فإن كان بتغير السوق ثم عاد لم يرتفع، وفي ارتفاعه بالبيع ثم يرجع، وبالعتق والتدبير ثم يرده الغريم، وبالإجارة والرهن والعيب، ثم يزول، قولان لابن القاسم وأشهب

(ش): أي: إذا وقع البيع فاسدًا، وحصل هناك مفيتٌ، ثم ارتفع ذلك المفيت، قبل أن يحكم القاضي بعدم الرد، - وأما لو حكم لمضى اتفاقًا - فإن كان المفيت تغير سوق ثم زال، فإنه يقدر، كان التغيير حاصل اتفاقًا، وإليه أشار بقوله: (لم يرتفع)؛ أي: لم يرتفع الفوات.

وإن كان غيره كما ذكره المصنف، فقال ابن القاسم: يرتفع الفوات ويكون له الرد.

وقال أشهب: لا يرتفع، كحوالة الأسواق.

وفُرِّق لابن القاسم بوجوه:

أولها - للقابسي -: أن السوق الثانية غير الأولى بخلاف البيع، فإن المبيع إذا رجع فهو الأول بعينه قطعًا، ورده المازري بأنَّ المعتبر وقوع السبب، وهو البيع لا السوق، ولا فرق بين سوق تغيرت ثم عادت أو سلعة بيعت ثم عادت.

ثانيها - لأبي عمران -: أن حوالة السوق كتغير عين السلعة؛ لأن المقصود ثمنها، وأما خروج السلعة من يد المشتري فليس بتغيير، وإنما هو لأجل أن يد المشتري منه حائلة، فإذا زالت انتقض البيع. المازري: وهو قريب من الأول.

ثالثها - لصاحب " النكت " وابن يونس -: أنَّ تغير السوق ليس من سببه، فلا يتهم بخلاف غيره.

ورده المازري: بأنه فرض المسألة في "المدونة" فيما إذا عادت بميراث، ولا تهمة

فيه، مع أنه ساوى بينه وبين ما إذا عادت بشراء.

(ص): وتلف المبيع البت بسماوي وقت ضمان البائع يفسخ العقد

(ش) لما تكلم على الضمان في الصحيح والفاسد، تكلم فيها يتعلق به من تلف أو استحقاق، أي: من اشترى شيئا، فهلك بسماوي، أي: بأمر من الله، لا صنع لآدمي فيه، في الزمان الذي يكون ضمان البيع فيه من بائعه، فإن البيع ينفسخ، وإلا لما كان لضمانه فائدة، واحترز بـ (البت) من الخيار، وسيأتي.

ودخل في قوله: (وقت ضمان البائع)، المحتبسة للثمن، أو للإشهاد، وكان المبيع يحتاج إلى حق توفية، والثمرة المشتراة بعد بدو الصلاح.

ولا يقال: يرد عليه تلف المبيع المسلم فيه عند إحضاره، فإنه في ضمان البائع، ولا يفسخ العقد، كما قال أبو علي ناصر الدين؛ لأن البيع اصطلاحًا لا يتناوله، ولأنَّ المبيع يخرجه، لأن المبيع في المسلم ليس هو هذا، وإنما هو المضمون في الذمة.

(ص): وتغييبه يثبت الخيار

(ش): يصح أن يقرأ بالغين المعجمة، أي: إذا غيبه البائع، وقال: هلك، ثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع عن نفسه؛ لأنه لم يتمكن من المبيع، والفرض أنَّ ضمانه من بائعه، وفي التمسك به، ويُطلب البائع بمثله أو قيمته، وذلك بعد يمين البائع أنَّه هلك، وهذا هو الذي ذكره (ع).

ويُحتمل أن تُقرأ بالعين المهملة، وهو ظاهر، وهو الذي قاله وغيره ممن تكلم على هذا الموضع، والمعنيان صحيحان.

(ص): وتلف بعضه واستحقاقه كرده بعيبٍ، إلا أنه لا يلزمه باقي جله بحصته على المشهور، للجهل بالثمن

(ش): أي: وتلف بعض المبيع واستحقاقه، يريد: والبعض المستحق معين؛ لأن الشائع له حكم كما سيأتي، كرد البعض بعيب فيه، فينظر في الباقي بعد التلف والاستحقاق، فإن كان وجه الصفقة - أي: أكثر من النصف - لزمه الباقي بنسبته من الثمن، وإن كان التالف أو المستحق هو الجل، فقال المصنف: لا يلزمه باقي جله بحصته على المشهور، أي: لا يجوز له التمسك بالباقي، خلافًا لابن حبيب، هكذا الخلاف، لا كما هو ظاهر كلام المصنف، ولهذا اعترض عليه (ر).

ولعل المصنف اكتفى بقوله: (للجهل بالثمن)، لأنها علة تقتضي المنع، فرأى في المشهور أن البيع قد انحل بتلف جله أو استحقاقه، فتمسك المشتري بباقيه كإنشاء

عقده بثمن مجهول، إذ لا تعلم نسبة الجزء الباقي إلا بعد تقويم أجزاء المبيع على الانفراد، ونسبة كل واحد من تلك الأجزاء المعينة من مجموع الصفقة.

ورأى ابن حبيب: أنَّ هذه جهالة طرأت بعد تمام العُقدة، فصارت بمنزلة الجهالة الطارئة إذا اطلع على عيبٍ بالمبيع، أو بناه على أحد قولي ابن القاسم في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، والذي علَّلَ بِهِ ابن حبيب هو الأول، وقال: يجوز له أن يتمسك بباقي الصفقة؛ لأنه بيعٌ قد تم، قال: بخلاف من ابتاع عبدًا وجاريةً، وهي وجه الصفقة، فهلكت في المواضعة، فلا يجوز الرضا بالعبد؛ لأنه بيع لم يتم.

(ص): بخلاف المثلي فيهما فإنه يلزم بحصته إلا أن يكون جله فللمشتري الخيار

(ش): (فيهما)؛ أي: في التلف والاستحقاق، فإنه إن كان التالف أو المستحق نصف الصفقة فأقل لزم الباقي بحصته بالثمن، ولا مخالفة للمثلي في هذا الوجه للمقوم، وإنما المخالفة في قوله: (إلا أن يكون جله فللمشتري الخيار)؛ أي: في التمسك بالباقي بحصته أو فسخ العقد عن نفسه، ولا يكون كالمقوم، والفرق بينهما: أنَّ ما ينوب المثلي من الثمن معلوم بخلاف المقوم.

واعترضه (ع)، بأن كلامه يقتضي أن لا خيار له في المثلي باستحقاق النصف.

وليس كذلك، قال ابن القاسم: يخيره بالثلث فأكثر، وأشهب لا يخيره فيه، ولا في الجل، فإنه لا يرى الخيار في المثلي بالجل، ولا بما دونه، ويلزمه الباقي بما ينوبه من الثمن.

(خ): وقيل: إنما يخير في الطعام بالنصف.

وفي ابن يونس: يخير فيه بالربع، فقال: جعلوه مخيرًا إذا وجد ربع الطعام عيبًا كالكثير من العروض، فإذا وجد الطعام معيبًا لم يكن للمبتاع رد المعيب وأخذ السالم، إلا برضا البائع، قال: لحاجة الناس إلى الطعام، فجعل له مزية كما ضمنه بخلاف العروض.

وفي "البيان " وجود العيب في الطعام على خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون العيب مما لا ينفك عنه الطعام، كقيعان الأهراء.

الثاني: أن يكون العيب مما ينفك عنه، إلا أنه يسير لا خطب له.

الثالث: أن يكون ذلك كالربع والخمس.

الرابع: أن يكون ذلك كالثلث والنصف.

الخامس: أن يكون أكثر من النصف.

فأمَّا إن كان العيب مِمَّا لا ينفك عنه، كقيعان الأهراء، فإنه يلزم المشتري، ولا يوضع عنه بذلك شيء من الثمن.

وإن كان مما ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن، فذلك له بلا خلاف، وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك على ما في "المدونة"، وله ذلك على رواية يحيى عن ابن القاسم.

وأما أن كان ذلك كالربع والخمس، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف، وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك بلا خلاف.

وأما إن كان ذلك كالثلث أو النصف، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن، فليس له ذلك على قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وله ذلك على قول أشهب واختيار سحنون.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك بلا خلاف.

وأما إن كان ذلك أكثر من النصف فليس للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن، ولا للمشتري أن يلتزمه إلا برضاهما.

وانظر ما حكاه في الربع من الاتفاق على أن للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن، فإنه خلاف ما حكاه ابن يونس، وقاله أبو الحسن.

(خ): ويؤيد ابن يونس، قوله في "المدونة" في باب القسم: ومن اشترى مائة إردب قمح، فاستحق منها خمسون، خُيِّر المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن، أو رده، وإن أصاب بخمسين إردبًا منها عيبٌ، أو بثلث الطعام أو بربعه، فإنما له أخذ الجميع أو رده.

فائدة:

ثلاث مسائل:

١ - مسألة لا يجوز التمسك فيها بباقي الجل، وهي: المسألة التي خالف فيها ابن حبيب.

٢ - ومسألة يلزم التمسك فيها بباقي الجل، وهي: باقي الجائحة.

٣ - ومسألة يخير فيها، وهي: باقي العيب.

(ص): **والجزء المشاع يستحق، فإنه يخير مطلقًا**

(ش): يعني: وأما إذا استحق جزء مشاعٌ، فإنه يخير مطلقًا، سواءٌ كان الجزء كثيرًا أو يسيرًا؛ لضرر الشركة.

(ص): وكل ثوب ونحوه بدرهم لغو، فالقيمة

(ش): أي: لو وقع العقد على سلع متعددة، وسميا لكل سلعة جزءًا من الثمن كمن اشترى ثمانية أبواب بثمانية دنانير، وسمَّيا لكل ثوبٍ دينارًا، ثم استحق واحد منها، فالتسمية **لغو**، ولا بد من الرجوع إلى **القيمة**؛ لأنه قد يكون أحدهما أجود أو أردأ.

وقسم في "البيان " في الأكرية هذه المسألة على ثلاثة أقسام، فقال:

١ - إن خالفت التسمية القيمة، وشرط الرجوع بها لا بالقيمة عند الاستحقاق ونحوه، فلا خلاف أن البيع فاسد.

٢ - وإن شرط الرجوع إلى القيمة، فلا خلاف أن البيع جائز.

٣ - وإن دخلا على السكت، فقال ابن القاسم - ورواه عن مالك -: التسمية لغو، والبيع صحيح، وقاله سحنون وأصبغ.

وروى ابن القاسم أيضًا: أن التسمية مراعاة، والبيع فاسد.

(ص): وإتلاف المشتري قبض

(ش): هذا قسيم تلفه بسماوي؛ أي: إذا أتلف المشتري ما اشتراه، وهو في ضمان البائع، فهو كقبضه، ويلزمه الثمن، وحكى (ع) الاتفاق على ذلك.

(ص): وإتلاف البائع والأجنبي يوجب الغرم

(ش): أي: من باع سلعةً ثم أتلفها، هو أو **جنبي**، قبل قبض المشتري لها، فإن ذلك **الإتلاف يوجب الغرم**، ولم يبين المصنف ما يغرم؟

وصرح في "الجواهر " بغرم القيمة في حق البائع **والأجنبي**.

وفي اللخمي في كتاب العيوب تفصيل، فقال: إن أهلك البائع المبيع - على القول بأن المصيبة من البائع خطأ - فسخ البيع، ولا شيء للمشتري، ولو كانت القيمة أكثر من الثمن. وإن أهلكه عمدًا وكانت القيمة أكثر من الثمن غرم البائع فضل القيمة عن الثمن. فإن اختلف الثمن والقيمة في الجنس كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع عن نفسه، أو يدفع الثمن الذي اشترى به ويرجع بالقيمة.

وعلى القول بأن المصيبة من المشتري يكون الخطأ والعمد سواء، وعلى المشتري الثمن، وله القيمة، فمن كان له فضل أخذه.

قال: وإن أهلكه أجنبي خطأً أو عمدًا فعليه الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأنه أبطل

على البائع الثمن الذي له في ذمة المشتري هذا على القول بأن الضمان من البائع، وعلى القول الآخر تكون القيمة للمشتري على الجاني وعليه الثمن للبائع، (خ): وهذا هو في المحتبسة.

(ص): وكذلك تعييبه

(ش): أي: تعييب المبيع كإتلافه، فيفصل فيه بين المشتري والبائع والأجنبي، كما تقدم.

(ص): وإتلاف المشتري والأجنبي الطعام المجهول كيله يوجب القيمة لا المثل

(ش): أي: أن من اشترى طعامًا على الكيل فأتلفه المشتري، أو أجنبي قبل معرفة كيله، فالواجب فيه القيمة، وتبع في هذا ابن بشير.

وفصل المازري فجعل هذا في الأجنبي فقط، وأما المشتري، فقال: يعد بإتلافه قابضًا لما يتحرى فيه من المكيل.

وفي "المدونة": وإن ابتاعها على كيل، كل قفيز بكذا، فهلت قبل الكيل بأمر من الله تعالى كانت من البائع وانتُقض البيعُ، وإن هلكت بتعدي البائع أو أفاتها ببيع، فعليه أن يأتي بمثلها تحرِّيًا، يوفيكها على الكيل، ولا خيار لك في أخذ ثمنك أو الطعام، ولو استهلكها أجنبي غرم مكيلتها إن عرفت، وقبضته على ما اشتريت، وإن لم تعرف كيلها أغرمناه للبائع قيمتها عينًا، ثم ابتعنا بالقيمة طعامًا مثله أو فيناكه على الكيل.

قيل: وإنما ألزم البائع مثلها تحرِّيًا، والأجنبي قيمتها؛ لأنه لو ألزم الأجنبي المثل لما أمن من التفاضل بين الطعامين.

وقيل: لأنَّ الغالب في البائع علم المكيلة، فلو ألزم القيمة لكان قد يربح.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: فإذا غرم الأجنبي قيمة تلك الصبرة فاشترى مثلها، فإن فضلت فضلة؛ لرخصٍ حَدَثَ، فالفضلة للبائع؛ لأن القيمة له إن أغرمت، ألا ترى أن المتعدي لو أعدم أو ذهب فلم يوجد، كانت المصيبة من البائع، فَلَمَّا كان عليه التوى، كان له النماء، والمشتري إذا أخذ مثل صُبرته التي اشترى لم يُظلم، وإن لم يُوجد بالقيمة إلا أقلَّ كان ما نقص كالاستحقاق، فإن كان كثيرًا، فللمشتري فسخُ البيع، وإن كان يسيرًا سقط عنه حصته. ابن أبي زمنين: والذي يدل عليه لفظ الكتاب: أن البائع هو الذي يتولى الشراء بالقيمة.

وقيل: إن المتولي على الأجنبي المتعدي، وحكى ابن بشير قولا أنه على المشتري.

وقوله: (لا المثل)؛ أي: ليس عليهما غرم المثل، إذ الجزاف مقوم، ولا خصوصية للطعام، بل وكذلك كل جزافٍ بيع على الكيل.

(ص): ولا ينفسخ على الأصح

(ش): ظاهر كلامه: أن القولين في الصورتين؛ أي: سواء كان المتلف المشتري أو الأجنبي والخلاف إنما هو في الأجنبي، ففي "المدونة": لا ينفسخ، كما تقدم.

وقال أشهب: ينفسخ.

وأما إن كان المشتري هو المتلف، فقد يحمله على إتلافها قبل الكيل استغلاؤها فيستهلكها فتلزمه القيمة، ويسقط عنه الثمن، فلا يمكن من الفسخ لذلك.

(ص): والضمان في الخيار من البائع فيما لا يغاب عليه، ويصدق المشتري مع يمينه ما لم يظهر كذبه

(ش): قد تقدمت هذه المسألة مع نظائرها.

وقوله: (ويصدق المشتري)؛ أي: فيما لا يُغَابُ عليه إذا ادَّعى هلاكه مع يمينه.

واختلف هل يحلف المتهم وغيره، أو المتهم فقط؟ ما لم يظهر كذبه، كدعواه موت العبد والدابة في حاضرة وله جيران لا يعلمون ذلك، فإنه لا يصدق ولا يحلف، لأنا إنما نحلفه إذا لم نضمنه.

(ص): إلا أن يقبض المشتري فيما يغاب عليه، إلا أن تقوم بينة.

(ش) الاستثناء الأول منفصل؛ لأن ما تقدم فيما لا يغاب عليه، وهو مخالف لما يغاب عليه، ويحتمل الاتصال؛ لأن قوله: (ويصدق المشتري مع يمينه)، عام أخرج منه ما يغاب عليه؛ أي: أن المشتري يصدق مع يمينه إلا في قبض ما يغاب عليه، فلا يصدق فيه مع يمينه، وهذا هو المشهور.

وقال ابن نافع: إذا كان الخيار للبائع فضمان المبيع منه مطلقًا.

وفي المازري: وإذا كانت في يد البائع فضمانها منه مطلقًا، كان الخيار له، أو للمشتري، أو لهما، وإن كان بيد المبتاع والخيار له، فإن المذهب يضمن ما يغاب عليه إلا ببينة، وإن كانت في يده والخيار للبائع، فالمشهور أن المبتاع ضامن، وذهب ابن كنانة إلى أن الضمان هنا من البائع. انتهى.

ونقل اللخمي عنه أن الضمان من مشترط الخيار.

وأما الاستثناء الثاني وهو قوله: (إلا أن تقوم له بينة)، فمتصل بلا شكٍّ؛ أي: أنه لا يصدق إلا إذا قامت له بينة.

(ع): وانظر هل يدخل خلاف أشهب المذكور في الرهن والعارية؟ وأنه لا يبرأ وإن قامت له بينة.

(خ): أشار اللخمي وغيرهما إلى تخريج قوله هنا.

(ص): فإذا غاب عليه المشتري والخيار للبائع ضمن الأكثر، إلا أن يحلف فيضمن الثمن، وقال أشهب: الأكثر

(ش): أي: فإذا غاب المشتري على ما يغاب عليه والخيار للبائع، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة؛ لأنه إن كان الثمن أكثر أمضى البيع، وإن كانت القيمة أكثر رد، غلا أن يحلف المشتري أنه لم يتلف المبيع، ولقد هلك بغير سبب فيلزمه الثمن.

وقال أشهب: يضمن الأكثر مطلقًا، ولم يقبل اليمين، وهو الأظهر.

(ص): وإن كان الخيار للمشتري ضمن الثمن، وقال أشهب: الأقل ويحلف

(ش): أي: وإن كان الخيار للمشتري والمسألة بحالها، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الثمن؛ لأنه يعد راضيًا بتغييب المبيع.

وقال أشهب: هذا إذا كان الثمن أقل، وإن كان أكثر ولم يحلف على ضياع المبيع فكذلك، وإن حلف على ضياعه وأنه لم يرض بالشراء، فليس عليه إلا القيمة.

تنبيه:

وقع في بعض النسخ: (وقال أشهب: أو الأقل)، بإثبات (أو)، وليست بجيدة؛ لأن الأقل هو: الأقل من الثمن والقيمة، فكيف يعطف الأقل على الثمن؟

(ص): وإذا غاب عليه البائع والخيار للمشتري ضمن الثمن، وقال أشهب: الأقل ويحلف

(ش): أي: إذا لم يقبض المشتري المبيع، وهو مما يغاب عليه، أو قبضه ورده للبائع، والخيار للمشتري، فادعى البائع تلفه، فإنه يضمن للمشتري الثمن، ويصير كمن استهلك سلعة وقفت على ثمن.

وقال أشهب: إذا حلف البائع أنه لم يتلف المبيع فيضمن الأقل. هكذا قال المصنف.

وصوابه أن يقول: وقال أشهب: الأكثر. هكذا قال اللخمي و(ر) وغيرهما، ولقد قال (ر): هو فساد في الأصل. ووجهه ظاهر؛ لأنه إن كان الثمن أكثر، فالبائع قد أتلف ما يقابله، وإن كانت القيمة أكثر فالبائع يتهم في تلفها لاسترخاصها.

(ص): والخيار للبائع واضح

(ش): أي: إذا صار بيد البائع والخيار له، فغاية الأمر: أنه يتصرف فيه اختيارًا، وذلك ردٌّ مِنْهُ لِلْبَيْعِ.

(ص): فلو اشترى أحد ثوبين وقبضهما؛ ليختار أحدهما، والخيار له فأحدهما مبيعٌ، وهو في الآخر أمين، وقيل: إلا أن يكون سأل في إقباضهما، وقال أشهب: ليس بأمين.

(ش): أي: إذا اشترى ثوبًا من ثوبين وقبضهما، ليختار واحدًا منهما إن شاء، وإن شاء ردهما، فليس له إلا أن يتمسك بواحد منهما، فيضمن أحدهما بالاتفاق؛ لأنه مبيع على خيار، واختلف في الآخر على ثلاثة أقوال:

مذهب ابن القاسم - وهو المشهور - : أنه فيه أمين؛ لأنه مقبوض على أن يرده على صاحبه.

والثاني - له أيضًا في "الموازية" -: إن لم يسأل في الإقباض فكالأول، وإن سأل ضمنهما، واختار محمد الأول.

والثالث - لأشهب في "الموازية"، قال -: هو ضامنٌ لهما، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يمكن أن يكون مبيعًا.

(ص): فإن ادَّعى ضياعهما فعلى المشهور يضمن واحدًا بالثمن لا غير، وقال أشهب: يضمن أحدهما بالثمن، أو بالأقل، والآخر بالقيمة

(ش): هذا تفريع على الأقوال، وبدأ بالتفريع على الأول؛ لأنه المشهور؛ أي: فعليه يضمن واحدًا بالثمن كما تقدم، ولا ضمان عليه في الثاني لأمانته فيه، وعلى قول أشهب يضمنهما، أحدهما بالقيمة؛ لكونه غير مبيع، ويضمن الآخر بالأقل من الثمن، أو القيمة؛ لأنه - إذا كان الخيار - قادر على أن يلتزمه بالثمن، أو يرده فيضمنه بالقيمة بعد حلفه.

وقوله: (بالثمن: أو بالأقل)، يريد: بالثمن إن كان أقل، أو بالقيمة إن كانت أقل، ولو أسقط (بالثمن)، واكتفى (بالأقل) لكان أحسن، ولم يفرع المصنف على القول بالتفرقة؛ لوضوحه؛ لأنه إن سأل فكقول أشهب، وإلا فكالمشهور.

(ص): فإن ادعى ضياع أحدهما فعلى المشهور يضمن ثمن التالف، وله أن يختار كل الباقي، وقال محمد: لا يختار إلا نصفه، وعلى قول أشهب إن أخذ الباقي فبالثمن والتالف بالقيمة، وإن رده فعليه للتالف الأقل من الثمن أو القيمة على أصله

(ش): أي: فلو كانت المسألة بحالها، ولكن ادَّعى المشتري ضياع أحدهما، لا جميعهما، فعلى المشهور يكون الضائع نصفه مبيعًا، ونصفه الآخر هو فيه أمين، فيلزمه نصف ثمن الضائع.

واتفق ابن القاسم ومحمد على هذا، ثم اختلفا، فقال ابن القاسم: له أن يختار جميع الثوب الباقي؛ لضرر الشركة.

وقال ابن المواز: ليس له أن يختار إلا نصف الباقي، إلا أن يرضى البائع، قال: لأنه لم يبعه ثوبًا ونصفًا، وإنما باعه ثوبًا واحدًا.

ونسب المصنف هذا القول لمحمد، والذي في ابن يونس عن " الموازية": أن السالم بينهما والمعيب بينهما وعليه نصف ثمن كل منهما.

وعلى قول أشهب: "إن أخذ الباقي كان عليه بالثمن، والتَّالف بالقيمة؛ لأن البيع لم يتم فيه - وإن ردَّه فعليه التآلف بالأقل من الثمن أو القيمة، على ما تقدم فوق هذا.

(ص) **ولو اشتراهما والخيار له فيهما، أو في أحدهما فكلاهما مبيع**

(ش): أي: اشترى الثوبين معًا على أنه بالخيار فيهما بين أن يردهما معًا، أو يمسكهما، أو يختار أحدهما دون الآخر، فجميع الثوبين مبيعٌ، فإن ادَّعى ضياعهما والخيار له فيها فيلزمه ثمنهما عند ابن القاسم، ويلزمه الأقل عند أشهب، وإن كان الخيار في أحدهما والثاني لازم، وادَّعى ضياعهما معًا، لزمه ثمنهما عند ابن القاسم، وثمن أحدهما والأقل في الآخر عند أشهب، كما تقدم.

واقتصرنا على هذا القدر في هذه المسألة قصدًا لحل كلام المصنف، وإلا فالمسألة في كتب الأصحاب أوسع من هذا.

(ص): **وإن جنى البائع - والخيار له - عمدًا فردَّ، وقال أشهب: كالخطأ**

(ش): يعني: من باع عبدًا أو غيره على خيار، فجنى عليه البائع عمدًا ولم تتلفه الجناية، فقال ابن القاسم: ذلك ردٌّ للبيع كسائر الأفعال الدالة على الفسخ.

وقال أشهب: لا تكون جنايته عمدًا دليلا على الرد؛ لأن البائع إذا كان الخيار له قادر على الرد مع السلامة، فرده للمبيع بواسطع العيب لا يصدر من عاقل، وهو الظاهر، وهذا المعنى هو الذي أراد المصنف بقوله: (كالخطأ).

(ص): **وإن تلفت انفسخ**

(ش): أي: تلفت السلعة بالجناية انفسخ العقد على القولين، لذهاب عين المعقود عليه.

(ص): **فإن جنى البائع خطأ فللمشتري خيار العيب**

(ش): أي: ولو كانت المسألة بحالها، إلا أنَّ جناية البائع خطأ، فللبائع أن يمضي البيع بحكم خيار التروي؛ لأن جناية البائع خطأ لا تكون ردًّا للمبيع؛ لأن الخطأ مناف لقصد الفسخ،، فإن أراد البائع إمضاء البيع كان للمشتري الخيار لعيب النقيصة؛ لأن ما حدث من العيوب في زمن الخيار كالعيب القديم.

(ص): **فإن تلفت انفسخ**

(ش): هو ظاهر.

(ص): **وإن جنى البائع - والخيار للمشتري - عمدًا فله أخذ الجناية أو الرد**

(ش) اعلم أنَّ المصنف رحمه الله تكلم على صور هذه المسألة كلها، وهي ست عشرة صورة، في جناية البائع ثمانٍ، وفي جناية المشتري ثمان؛ لأنه إن جنى البائع، فإما أن يكون خطأ أو عمدًا، والجناية إما متلفة أو لا، فهذه أربع، ثم في كل من الأربع تارة يكون الخيار للبائع، وتارةً يكون للمشتري، وكذلك الكلام في جناية المشتري، ولما تكلم المصنف على الأربع الأول، شرع فيما بعدها؛ أي: إن جنى البائع على المبيع بالخيار - والخيار للمشتري - وكانت الجناية عمدًا، ولم يتلف المبيع، فالمشتري مخير بين أن يختار الإمضاء ويأخذ أرش الجناية أو يرده؛ لأن الخيار بيده.

وقوله: (فله أخذ الجناية)، فيه حذف مضاف؛ أي: فله أخذ أرش الجناية، وهذا أعم من أن يكون عيب أم لا، ولكن فيها أرش مسمى، كالموضحة، والمنقلة، فيأخذه وإن برئت على غير شيء.

(خ): وفي هذه المسالة نظرٌ، والقياس أن المشتري لا يكون له أخذ الأرش؛ لأن البائع إنما جنى على سلعته، إذ بيع الخيار منحل على المعروف، وأكثر هذه المسائل على الاستحسان، والله أعلم.

(ص): **فإن تلف ضمن الأكثر**

(ش): أي: فإن كانت الصورة بحالها، إلا أن جناية البائع أتلفت المبيع، فإن البائع يضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر فللمشتري الفسخ عن نفسه، وإن كانت القيمة أكثر فمن حق المشتري أن يجيز البيع فيدفع الثمن، ويطالب البائع بقيمة المبيع فيتقاصان في الثمن ويأخذ الزائد.

(ص): **وإن جنى خطأ فله أخذه ناقصًا أو رده**

(ش): أي: وإن جنى البائع خطأ، والخيار للمشتري ولم يتلف المبيع، فالمشتري

مخير بين أن يأخذه معيبًا ولا شيء له أو يرده.

(ص): **وإن تلف انفسخ**

(ش): تصوره واضح.

(ص): **فإن جنى المشتري والخيار له عمدًا، فالقولان في أنَّه رضًا**

(ش): لما فرغ من صور البائع شرع في صور المشتري، و(أل) في القولين للعهد؛ أي: قول ابن القاسم وأشهب في الصورة الأولى.

(ص) **فإن تلفت ضمن الثمن**

(ش): وفي بعض النسخ: وقال سحنون: القيمة؛ أي: فإن جنى المشتري - والخيار له - عمدًا، وأتلف السلعة بجنايته ضمن المشتري الثمن، وهو ظاهر على قول ابن القاسم؛ لأن جناية العمد دالَّة على الرضا، وقول سحنون يجري على أنها لا تدل على الرضا، وسقط قوله في كثيرٍ من النسخ.

(ص): **وإن جنى خطأً فله ردُّه وما نقص**

(ش): أي: وإن جنى المشتري جنايةً خطأً لم تُتلفه والخيارُ له، فللمشتري رد ذلك المعيب بحكم الخيار، ولكن مع قيمة المعيب، وله أن يتمسك به معيبًا، ولا شيء عليه؛ لأنه تبين أنه جنى على ملكه، والقياس أن يغرم للبائع الأرش؛ لأنه في ضمانه.

(ص): **وإن تلفت ضمن الثمن كله، وقال سحنون: القيمة**

(ش): أي: فإن تلفت السلعة بجناية المشتري خطأً والخيار له ضمن الثَّمن كله، قاله ابن القاسم في "المدونة": وقال سحنون: القيمة، فقيل: وفاق، ثم قيل: مراد ابن القاسم بالثمن القيمة. المازري: وهو خلاف ظاهر اللفظ.

وقيل: مراد ابن القاسم: إذا ثبت أنَّ المشتري اختار قبل أن يجني.

المازري: وهو تعسف.

وقال ابن محرز: القولان خلاف، والقولان مبنيان على الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمنٍ، هل يضمن الثمن الذي وقفت عليه أو القيمة؟

وأنكر اللخمي بناء الخلاف على هذا؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو في سلعة كثر فيها العطاء، وتواطأ جماعة من الناس عليه حتى صار كالحاصل.

وأجاب المازري بأن العلة في تضمين المشتري الثَّمن المسمَّى كون المشتري يعد بإتلافه للسلعة كالمتلف لثمنها، فكان للبائع أن يلزمه إياها، فيدخله الخلاف كالسلعة الموقوفة.

(ص): وإن جنى المشتري والخيار للبائع عمدًا أو خطأ فله أخذ الجناية أو الثمن وإن تلفت ضمن الأكثر

(ش) يعني: إذا كانت الجناية من المشتري على المبيع، ولم يتلفه، وجمع بين العمد والخطأ، لاتحادهما في الحكم، فللبائع أن يرد البيع ويأخذ من المشتري أرش الجناية، وله أن يمضي البيع، ويأخذ منه الثمن، وفي إمضائه البيع نظرٌ؛ لأن الضمان منه، فيكون للمشتري خيار العيب، أما إن تلفت ضمن المشتري للبائع الأكثر من الثمن، إذ له أن يمضي البيع أو القيمة أو له أن يرده.

(ص) فإن جنى أجنبي فالأرش للبائع، وقيل: إن مضى البيع فللمشتري.

(ش): لما فرع من جناية البائع والمشتري شرع في جناية الأجنبي، والمشهور أن الأرش للبائع سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لغيرها؛ لأن المبيع على ملك بائعه.

وقال ابن حبيب: إن أمضى البيع فالأرش للمشتري. ولعله مبني على أن بيع الخيار منعقد.

(ص): وبيع المشتري قبل القبض جائز، إلا في الطعام مطلقًا

(ش): يصح (في المشتري) كسر الرَّاء، من إضافة المصدر إلى الفاعل، ويكون المفعول محذوفًا، أي: ما اشتراه، ويحتمل أن تفتح.

وقوله: (مطلقًا)؛ أي: ربويًا كان أو غيره، لما في "الموطأ" و"البخاري" و"مسلم" عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال" من اشْتَرَى طَعَامًا، فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ"(١).

وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبُّدٌ؟

أو معقول المعنى؟ قولان، وعلى الثاني، فقيل: إنما نهي عن ذلك؛ لأن أهل العينة، كانوا يتوصلون إلى الفساد بيع الطعام قبل قبضه، فنهى عن ذلك؛ سَدًّا لذريعة الفساد.

وقيل: لأن للشارع غرضًا في ظهوره، فإنا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منعنا ذلك، فإنه حينئذٍ ينتفع به الكيال والحمال، ويظهر للفقراء وتقوى نفوس الناس به. والله أعلم.

(ص): يشرط كونه معاوضة فيما فيه حق توقيه من كيل أو شبهه بخلاف القرض والهبة والصدقة، وكذلك الجزاف على الأصح

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٣٢) ومسلم، برقم (١٥٢٦).

(ش): هذا الشرط راجع إلى الاستثناء، أي: بشرط كون الطعام وجب عن معاوضة، وكونه (فيه حق توفيه)، فاحترز (بمعاوضة) من القرض، والهبة والصدقة، فإنه يجوز بيعه في هذه الوجوه قبل قبضه.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وفي اشتراط المعاوضة نظر؛ لأن الاستثناء دَلَّ على منع بيع الطعام المشتري، فإما أن يريد بالمعاوضة نفس الشراء أو أعم، والأول: يلزم فيه اتحاد الشرط والمشروط، ويلزم عليه أيضًا جواز بيع الطعام إذا لم يكن من شراء، كما لو كان عن منافع، أو نكاح، أو خلع، أو صداق، أو مثلا لمتلَفٍ، أو أرش جنايةٍ، وذلك لا يجوز، وإما أن يريد ما هو أعلم فلا يصح؛ لأن الشرط مقيد بمشروطه، فلا يكون أعم، وهذا إنما يأتي على أنَّ كلام المصنف مُشتملٌ على شرطين: أما إن جعل شرطًا واحدًا مشتملا على جُزءين فلا.

تنبيه: جعل في "الواضحة " ما يأخذه القضاة والمؤذنون وصاحب السوق من الطعام من باب المعاوضة، فيمنع من بيعه قبل قبضه.

وحكى ابن بشير فيما يأخذه المستحقون من بيت المال، قولين: الجواز، والمنع بناء على أنه من فعلٍ غير معين فأشبه العطية، أو مستحق عن أمر واجب، فأشبه المأخوذ في الإجارة.

وأجاز في "المدونة" بيع ما على المكاتب من الكتابة خاصة، قبل الأجل بعوض أو عين، ولا يجوز بيع ذلك من الأجنبي حتى تقبضه.

ابن حبيب: إلا أن يكون يسيرًا تافهًا.

قال مالك في "المدونة": ولا يجوز أن يبيع من المكاتب نجمًا قبل قبضه، وإنما يجوز أن يبيع جميع ما عليه، فيجوز لحرمة العتق، وقاله سحنون.

وقيل: يجوز وإن لم يتعجل عتقه؛ لأن الكتابة ليست بدينٍ ثابتٍ.

واختلف الشيوخ في مذهب ابن القاسم على أي القولين يحمل؟

ابن بشير: ولو ثبت الطعام في الذمة عن تَعَدٍّ أو غَصبٍ، ففي بيعه قبل قبضه قولان.

واقتصر في "البيان " على منع البيع قبل القبض في أرزاق القضاة وولاة السوق والمؤذنين والكتاب والأعوان والجند الذين يرزقون من الأطعمة، أما إن كان الطعام رفقًا وصلة على غير عمل، أو إن شاء عمل، وإن شاء لم يعمل، فيجوز البيع قبل القبض، قاله في "البيان": قال: ويجوز بيع الأرزاق والعطاء السنة والسنتين إذا كان

مأمونًا، قال: ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل بموته.

قال ذلك أشهب وابن وهب وجماعة من التابعين رضي الله عنهم.

واحترز المصنف بقوله: (فيما فيه حق توفية)، من الجزاف؛ لأنه مقبوض بنفس العقد، فليس فيه حق توفية.

وذكر المصنف في الجزاف قولا بالمنع، وهو مروي عن مالك، رواه الوقار.

فوجه الأصح ما في أبي داود من حديث ابن عمر: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نَهَى أَنْ يَبِيعَ أَحَدٌ طَعَامًا اشْتَرَاهُ بِكَيْلٍ حَتَّى يَسْتَوفِيهِ"[1]، ومفهومه يقتضي جواز بيع الجزاف؛ لأنه لم يشتر بكيلٍ، ووجه ما في مقابلة ما في "مسلم " عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم، قال: "مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوفِيَهُ"[2]، قال: وَكُنَّا نَشْتَرِي الطعام من الركبان جزافًا، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه، ولَعَلَّهُ أظهر؛ لأنه كالنص في الباب.

فرع:

وعلى المشهور من جواز بيع الجزاف قبل القبض، فاختلف إذا كان ضمان الجزاف من البائع، مثل: أن يشتري لبن غنم بأعيانها، فهل يجوز بيعه قبل قبضه نظرًا إلى كونه جزافًا؟ وهو قول أشهب، أو لا؟ نظرًا إلى كونه في ضمان البائع، وهو قول ابن القاسم.

ووقع لمالك في "العتبية" فيمن اشترى نصف ثمرة بعدما بدا صلاحُها، فقال: ليس له بيعه حتى يستوفيه، ابن القاسم: ثُمَّ سألناه عنه، فقال: بيعه قبل استيفائه جائز.

ولو باع أشجارًا واستثنى ثمرها، فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه أو لا؟ لمالك قولان.

واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز، ولا ضمان هنا على المشتري، وإنما الخلاف هنا مبني على الخلاف في المستثنى، هل هو مشتري أو مبقى؟

(ص): **فمن ابتاع طعامًا جاز له إقراضه أو وفاؤه من قرض، ومن اقترضه جاز له بيعه**

(ش): اعلم أن الممتنع من بيع الطعام ما توالى فيه بيعتان، لا يتخللهما قبض،

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٣٤٩٧).

(٢) انظر: صحيح مسلم، ح (١٥٢٦).

فلذلك جاز لمن ابتاع طعامًا مكيلا أن يقرضه، وأن يوفيه عن دين مرتب عليه، وكذلك جاز لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه.

(ع): فإن قيل: قوله: (ومن اقترضه)، تكرارٌ لما قدَّمه المؤلف من قوله: بخلاف القرض.

فالجواب: لا؛ لأن الأول محمولٌ على من أقرض طعامًا فله أن يبيعه قبل قبضه.

والثاني: محمول على من اقترض؛ أي: تسلف فله بيعه قبل قبضه من متسلفه.

(ص): وليس لمن صار إليه منهما بيعه قبل قبضه

(ش): الضمير في (منهما)، عائدٌ على المقرض، الذي دَلَّ عليه إقراضه، وعلى المقترض الذي دَلَّ عليه وفاؤه، أي: من اقترض ممن باع طعامًا ولم يكن المشتري قبضه، فلا يجوز له بيعه قبل القبض، وكذلك لا يجوز للمقرض البيع قبل القبض إذا أوفاه له مبتاع، ولم يكن المبتاع قبضه؛ لأن المقترض في الصورة الأولى والمقرض القابض لدينه في الثانية تنزلا منزلة المشتري، فكما لا يجوز للمشتري فيهما بيعه قبل القبض فكذلك هما؛ لأنهما حَلا محلَّه، قال في السلم من " البيان": من صار إليه الطعام من المشتري بأي وجه كان، من صدقة أو هبة أو قرض أو اقتضاء من قرض أو ميراث، يحل محل المشتري الذي صار إليه الطعام، فلا يجوز له بيعه قبل استيفائه، على معنى ما في "المدونة" وغيرها.

وحكى ابن حبيب في "الواضحة " عن مالك أَنَّهُ خَفَّفَ ذلك في الهبة والصدقة، قال: ولا اختلاف أن الوارث يحل محل مورثه في أنه لا يجوز له بيعه قبل قبضه، وكذلك من اقترضه، أو اقتضاه من قرضٍ كَانَ لَهُ، قال: ويحتمل أن يدخل ذلك من الاختلاف ما دخل فيمن وهب له أو تصدق به عليه، على ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

(ص): وقيل: يمتنع في الربوي خاصة، وقيل: فيما فيه حق توفية

(ش): هذا رَاجِعٌ إلى صدر المسألة، يعني: أن المشهور منع بيع الطعام قبل قبضه مُطلقًا، وفي المذهب، قولان آخران:

١ - أحدهما: رواه ابن وهب: جواز بيع الطعام غير الربوي قبل قبضه؛ لأن المتناول بينهم الربوي، فيخص النهي عن بيع الطعام، لكن هذا إنما يجري على التخصيص بالعادة، والصحيح: أنه لا يخصص بها، كما تقرر في محله.

٢ - والقول بالمنع في كل ما فيه حق توفية، سواء كان طعامًا أو لا، لابن حبيب.

(ص): ولا يقبض من نفسه لنفسه، إلا من يتولى طرفي العقد، كالأب في ولديه، والوصي في يتيميه

(ش): فيه تفسيران.

أولهما: لا يجوز لمن وُكل على اشتراء طعامٍ أو بيعه من نفسه، ولا أن يقبضه لنفسه، ولو أذن له في ذلك الموكل؛ لأنه يقبض من نفسه لنفسه، قال في "المدونة": وإن أعطاك بعد الأجل عينًا أو عرضًا، فقال لك: اشتر به طعامًا وكله ثم اقبض حقك منه لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس مالك ذهبًا، أو ورقًا، فيعطيك مثله صفةً وَوَزْنًا، فيجوز بمعنى الإقالة.

الثاني - وهو الذي قاله (ع) -: إنَّ مَنْ كَانَ عنده طعامًا وديعةً وشبهها، فاشتراه من مالكه، فَإِنَّهُ لا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء؛ لأن القبض السابق لم يكن قبضًا تامًا، بدليل أنَّ ربَّ الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف كان له ذلك، إلا أن يكون ذلك القبض قويًا، كما في حق الوالد لولديه الصغيرين، فإنه إذا باع طعام أحدهما من الآخر، وتولَّى البيع والشراء عليهما كان له أن يبيع ذلك الطعام على من اشتراه قبل أن يقبضه قبضًا ثانيًا، وكذلك الوصي في يتيميه.

وتبع المصنف في استثنائه من يتولى طرفي العقد ابن شاسٍ، ولم أره لأصحابنا.

(ع): وفي النفس شيءٌ من جواز هذه المسألة، ولا سيما والصحيح عند أهل المذهب، أن بيع الطعام قبل قبضه مُتعبَّدٌ بِهِ.

(ص): وأرخص في الإقالة والتولية والشركة، وقيل: دون الشركة

(ش): روى سحنون في "المدونة" عن ابن القاسم عن ربيعة عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، إلا مَا كَانَ مِنْ شَرْكَةٍ أَوْ تَوْلِيَةٍ أَوْ إِقَالَةٍ"[1]، ورواه أبو داود، وقال: هذا قول أهل المدينة؛ لأن هذه الثلاث باب معروف، فكانت كالقرض.

و (الإقالة): أن يقيل البائع المشتري أو العكس.

و (التولية): أن يولي من اشتراه الآخر.

و (الشركة): أن يشرك غيره في البعض.

والقول باستثناء الشركة رواه أبو الفرج عن مالك؛ لأن المعروف إِنَّمَا يظهر في

---

(١) مضى تخريجه.

الجميع، ورأى في المشهور أَنَّهَا تولية في البعض.

فرع:

وهل أجرةُ الكيل في الإقالة والتولية والشركة على المُقيل والمولِّي والمشرك، كما أنَّ العُهدة عليه؟ كالبيع أو لا؟ كالقرض، بجامع المعروف، ولأنه لو هلك الطعام المشرك فيه قبل الكيل لكانت مصيبته منهما، وذلك يدل على أنه ليس على الذي أشركه أن يكيله.

ابنُ يُونُس: وَهُو أَبيَنُ من الأوَّل، والقولان للقرويين.

(ص): فينزل الثاني منزلة المشتري بشرط استواء العقدين في المقدار والأجل وغيرهما، سلمًا كان أو غيره

(ش): الثاني هو: المقال والمولي والمشرك.

(منزلة المشتري)، وهو: المقيل والمولي والمشرك.

قوله: (بشرط استواء العقدين في المقدار)، اعلم أنه إن كان رأس المال عينًا جازت الإقالة عليه وعلى مثله، وإن كان عرضًا مُقوَّمًا جازت الإقالةُ عليه إذا لم يتغيَّر في نفسه، ولم تَجُز على مثله، وإن كان مثليًا، فهل تجوز الإقالة على مثله؟

المشهور المنع، خلافًا لأشهب.

وأما التولية والشركة، فلا يمكن فيهما رَدُّ عينِ رَأْسِ المالِ، فَإن كان رأسُ المال عَرْضًا مُنِعَا ويجوز إذا كان عينًا.

ابنُ يونُس: وإن كان مكيلا أو موزونًا فهو كالعين؛ أي: على قول أشهب، وأما ابن القاسم فإنَّه نَصَّ في الموازية على أَنَّهُ لا تجوز التولية على مثله.

اللخمي: وأجازه في "المجموعة"، وهو أحسن، وإن كان المثلي مما تختلف الأغراض فيه كالنحاس.

وقوله: (الآجل): فلا تتأتى المساواة فيه إلا أن يكون العقد الثاني بإثر الأول، وإلا فالمعتبر بقية الأجل.

وقوله: (وغيرهما)؛ أي: من الصفة والكيل والرهن.

وقوله: (سلمًا كَانَ أو غيره)، نَبَّهَ بِهِ، لئلا يُتَوَهَّم اختصاصُ التساوي في الأجل بالسلم.

وظاهر قوله: (ينزل الثاني منزلة الأول)، أنَّ عُهدة المُولَّى والمُشرَك عَلَى مَنْ كَانَتْ عُهدَةُ المشتري عليه، ونقل المتيطي ذلك عن مالك.

ونقل في "البيان " قولا ثانيًا: إذا كانت الشركة والتولية بحضرة البيع أَنَّهَا على الذي أشركه أو ولاه إلا أن يشرط أَنَّهَا على البائعِ الأَوَّلِ، وذكر في جواز اشتراطها على البائع الأول بعد الافتراق أو الطول ثلاثة أقوالٍ:

١ - المشهور المنع إلا برضاه، فيكون من باب الحمالة.

٢ - والثاني: الجواز.

٣ - والثالث - لأصبغ -: يجوز اشتراطها على البائع، وإن افترقا، ما لم يطل.

وكذلك نقل أيضًا فيمن اشترى شيئًا ثم باعه، هل يجوز له أن يشترط العهدة على البائع الأول؟

طال أو لم يطل، أو لا يجوز فيهما؟ أو يجوز بالحضرة دون الطول؟ ثلاثة أقوال.

(ص): **فإن لم يستويا فبيع كغيره**

(ش): أي: فإن لم يستو العقدان في جميع الشروط بطلت الرخصة، وبقي بيعًا، إن قبض المشتري ما اشتراه فصحيح، وإن لم يقبض ففاسد، وَنَبَّه على هذا، لئلا يتوهم أنه إذا انتفت الإقالة والتولية والشركة المرخص فيها يبطل العقد.

(ص): **وإذا أقلت من السلم عجل الثمن**

(ش): يحتمل: أيها المشتري، أو: أَيُّهَا البائعُ.

(عُجِّلَ الثَّمنُ)؛ أي: يجب تعجيل رأس المال؛ لئلا يُؤَدِّي إلى فَسْخِ دَيْنٍ في دَيْنٍ.

مالك: ولا يجوز أن يُفَارِقَهُ سَاعَةً، ولا تُفَارِقهُ حتى تقبض من الذي وَلَّيته، أو أقلته، وكذلك الصرف.

اللخمي: والمعروف من المذهب أنَّ الإقالة أوسع من الصرف، وأَنَّه تجوزُ المفارقة في الإقالة ليأتي بالثمن من البيت أو ما قارب ذلك، والتولية وبيع الدَّين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرطٍ، بغير خلاف، واختلف هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين؟ انتهى.

وهذا بخلاف تأخير رأس مال السلم، فإنه يجوز تأخيره اليوم واليومين ولو بالشرط.

والفرق بينهما: أنَّ اللازم في الأَوَّلِ فَسخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ، وفي الثاني ابتداءُ الدَّينِ بِالدَّينِ، وَهُو أَخَفُّ، فلذلك وُسِّعَ فيه، وَمَا ذكره المصنف هو المشهور.

اللخمي: واختلف في الإقالة إذا وقع التراخي فيها بغير شرط على ثلاثة أقوال:

١ - منعه في "المدونة".

٢ - وقال مالك في "الموازية": بل يتبعه بالدنانير، ولا يرجع في الطعام.
قيل له: إنَّ المشتري يقول: إن الإقالة لا تصح إلا مناجزة، فأنا أرجع في طعامي.
قال: ليس له ذلك.

٣ - وقال أشهب: إذا كان من أهل العينة فُسِخَت الإقالة، وإن لم يكونا كذلك ولا عملا عليهما، رأيت أن يُلَحَّ عليه حتى يأخذ، وهو تفسيرٌ لقول مالك، أَمَّا إِنْ كانت تهمة فسخت الإقالة، وَإِنْ قَامَ دَلِيلٌ على عدم التهمة، كان هو موضع الخلاف المتقدم.

ابن محرز: وأضيقُ الأبواب الصَّرفُ، ثُمَّ الإقالةُ في الطعام، ثـمَّ التولية فيه، ثـمَّ الإقالةُ في العروض، وفسخ الدَّينِ في الدَّين، ثُمَّ بيعُ الدَّين المستقرِّ في الذمة، - وعند ابن المواز في بيع الدين: أنه لا بأس أن يتأخر ثمنه إلى اليوم واليومين كرأس مال السلم - ثم تأخير رأس مال السلم.

(ص): والبيع مرابحةً جائز

(**ش**): معناه: أن يخبر البائع المشتري بما اشترى السلعة به، ثم يزيده شَيْئًا، وَهُو يحتاج إلى صِدقٍ مُبينٍ، وإلا أكلَ الحرامُ فيه بِسُرعَةٍ، لكثرةِ شُروطه ونُزوعِ النفس فيه إلى الكذب، ولهذا قال ابن عبد السلام: كان بعض من لقيناه يكره للعامَّة الإكثار من بيع المرابحة؛ لكثرة ما يحتاج إليه البائع من البيان.

(ص): ولو قال بربح العشرة أحد عشر، فزيادة عشر الأصل

(**ش**): مدلولها عُرفًا ما ذكره المصنف، وإلا فمدلولها لغةً، أن يُربح لكُلِّ عشرةٍ أحد عشر.

وقوله: (بِربحِ العَشَرَةِ)، يحتمل أن يقرأ بالإضافة، ويحتمل أن يقرأ: بربحٍ، على التنوين، وترفع العشرة على أنها مبتدأ، خبره: أحد عشر، والجملة مفسرة لقوله: (بربح).

(ص): وبوضيعة الشعرة أحد عشر، فنقص جزءٍ من أحد عشر من الأصل على الأصح

(**ش**): أي: بتصيير الأحد عشر عشرةً؛ أي: يخسران درهمًا في كلِّ أحدَ عشر، وهذا مِمَّا يُبَيِّنُ لك عدم صِحَّة هذا الكلام على مدلوله اللغوي؛ لأن إسقاط أحد عشر من عشرة غير معقول.

والأصَحُّ: أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثمن الذي اشترى به المشتري على أحد عشر جُزءًا، كمائة وعشرة مثلا، فيسقط منه جزءًا من أحد عشر، وهي: العشرة الزائدة على المائة، ومقابله يقسم كل عشرة أحد عشر جزءًا ويحط جزء.

وتبع المصنف في عَدِّ هذين قولين ابن شاس، وَعَبَّرَ عنهما ابنُ بشيرٍ بطريقين، وفي كلامهم نظر، ولا ينبغي أن يعد هذا خلافًا؛ لأنه راجعٌ إلى الأوَّل بعد طُولٍ، ولا فرقَ بينهما في المعنى.

وإنما قلنا: إن مقابل الأصح ما ذكرناه؛ لأن المصنف بنى كتابه في الغالب على متابعة ابن بشير وابن شاس، ولم يذكرا غيرا ما ذكرناه.

وقد ذكر ابن محرز قولا يمكن أن يكون مقابل الأصح، ونصه: فقال عن ابن اللَّباد، قال لي أحمد بن داود: إذا باع بوضيعة الشعرة خمسةً، فإنه ينظر كم خمسة من خمسة عشر؟

فيوجد الثلث، فيوضع عنه من رأس المال ثلثه.

وكذلك للعشرة عشرة يضاف عشرة إلى عشرة، ثم يقال: كم هي منها؟

وللعشرة أحد عشر، فَيُقال: كم أحد عشر من إحدى وعشرين؟ لكن قوله بعد هذا.

(ص): **والعشرة عشرون اتِّفَاقًا**

(ش): يرد هذا؛ لأنَّا إذا ضَمَمْنَا عشرين إلى عشرة فنسبةُ العشرين من المجموع ثُلثَاها، فيحط عنه من كل عشرة ثلثاها، وتصوُّر كلامه ظاهر.

(ص): **فما له عين قائمة من أجرة طرازٍ، وصبغ وقصارةٍ وخياطةٍ يحسب ثمنه وربحه**

(ش): ألحق في "المدونة" بهذه الأربعة: الكمد، زاد صاحب " النكت"، وصاحب " المقدمات": والفتل. وزاد المتيطي: والتطوية.

(ص) **وما يزيد في الثمن من حُمُولةٍ أو إنفاقٍ يُحسَبُ ثَمَنُهُ لا رِبْحُه**

(ش): قوله: (من حمولة)، قيده اللخمي بأن يكون في البلد المنقول إليه أغلى، وأما لو كان سعرهما سواء فلا يحسب، لو كان أرخص لما بيع حتى يبين، وإن أسقط الكراء.

واستحسن المازري كلامه إذا حمل البائع المبتاع إلى ذلك البلد، وهو عالم أنه لا يربح فيه.

وقوله: (أو إنفاق)؛ أي: على الرقيق ونحوه، وقيَّدَهُ اللخمي بأن لا تكون له غلة، فإن كانت أقل حسب مَا بَقِيَ، وإن كانت أكثر فله، ولا يحتسب.

المازري: وإن أنفق على سقي النخل وعلاجه، أو في العقار، فإن ساوت الغلة الإنفاق، أو زادت فله البيع مرابحةً، وإن قصرت الغلة عن النفقة التي أحيا النخل بما

حسب ما فضل من النفقة عن الغلة بلا ربح كالنفقة على الرقيق.

قال: ولا يؤثر في بيعِ المرابحة ما اغتلَّهُ من لبنٍ احْتَلَبَهُ.

فإن قلت: لا إشكال أنَّ البائع لَو بَيَّنَ الحمولةَ ونحوها، واشترط على ذلك الربح أَنَّهُ جائزٌ، وإن لم يبيِّن فهو غير جائز، فما صورة هذه المسألة؟

قيل: هي مفروضةٌ فيما إذا قال البائع: هي علي بكذا، رأسُ مالها كذا، وصبغها، وحمولتها كذا، وشدَّها كذا، وباع بربح العشرة أحد عشر، فإنه حينئذٍ يُحسبُ الرِّبحُ لما ذكرنا أنَّ له الرِّبحَ، ولا يُحسبُ الحمولةُ ونحوُها.

المازري: ويُستعمل في بيعِ المرابحةِ أَحدُ أربعةِ ألفاظ:

١ - إما أن يقول: اشتريتها بمائة، والربح كذا.

٢ - أو اربح لي في كل عشرة كذا.

٣ - أو يقول: رأس مالي فيها كذا.

٤ - أو يقول: قامت علي بكذا، أو هي بكذا.

فإن كان ما أنفق فيها نفقة مِمَّا يحسب له، فإنه يسقط من هذه العبارات الأوليان، وهما: اشتريتها بكذا، ورأس مالي فيها كذا؛ لأن هاتين العبارتين عبارة عَمَّا دفع فيها للبائع، لكنه يقول: هي علي بكذا، أو قامت علي بكذا.

وأما إن كان تولى عملا بنفسه كالصبغ ونحوه، فَإِنَّهُ لا يَجُوز له أن يعبر عن ذلك بشيء من هذه العبارات؛ لأنه لم يخرج ثمن ذلك، وغاية ذلك: أن يقوم عمله، والبيع على التقويم لا يجوز. والله أعلم.

(ص) وإلا لم يحسب فيهما، كالطي والشَّدِّ وكراءِ البيت

(ش): أي: وإن لم يكن مِمَّا له عينٌ قائمةٌ، وَلا مِمَّا لَهُ تأثيرٌ في الثمن، لم يحسب فيهما؛ أي: لا في الثمن، ولا في ربحه.

وقوله: (كالطَّيِّ والشَّدِّ)، هَذَا مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا لم يعلم المشتري أنه يحتاج في ذلك إلى نفقة، ولو علم أنه يحتاج إلى النفقة يحسب ثمنها كالحمولة.

وقيد التونسي والباجي وابن رشد كراء البيت بما إذا أكراه لنفسه، فيكون المتاع تبعًا، وأما إن كان أكراه للمتاع خاصةً، فيحسب ثمنه فقط، بغير ربحٍ.

وكذلك نَصَّ عليه محمد.

(ص) وما أخذه السمسار فكالثمن على الأصح، وقيل: من الثاني، وقيل: من الثالث

(ش): والمراد بالسمسار هو: الجلاس، كَمَا يفعل سماسرة الإسكندرية، وليس مرادهم متولي البيع، فإن أجرة هذا على البائع، وهي من الثمن، لا شك فيه.

وقوله: (فكالثمن)؛ أي: فيحسب ويحسب ربحه، وهذا قول عبد الوهاب واختاره ابن محرز،؛ لأنه مما لا يحصل ملك المشتري إلا به، فيكون كالثمن.

والقول الثاني لأبي محمد وابن رشد؛ لأنه ليست له عين قائمة.

والقول الثالث هو مذهب "المدونة" و"الموطأ"، ووجهه: أنه ليس له عينٌ قائمةٌ، ولا يزيد في الثمن، وكثير من الناس يتولى الشراء بنفسه، ولهذا قال محمد: إلا أن يكون المتاع مِمَّا جرت العادة أنه لا يشتري مثله ألا بواسطة سمسار، فيحسب حينئذٍ أجرته في الثمن دون الربح.

(ص) ولا بُدَّ من عِلمِ المُشترِي بجميعه قبل العقد

(ش): هذا خاص بالقسمين الأوَّلَينِ، وأمَّا الثالث فهو غير محسوبٍ، فلا حاجة إلى بيانه، وما ذكره المصنف هو مذهب سحنون. وقيل: وهو قياس قول ابن القاسم.

سحنون: وإن لم يبن فيرد السلعة إن كانت قائمة، إلا أن يرضى المشتري أخذها بذلك، فإن فاتت مضت بذلك، ولم ترد إلى القيمة.

وقال محمد وابن حبيب: لا يلزمه البيان. واختاره التونسي قياسًا على ما إذا اشترى سلعتين وباعهما مرابحةً.

عياض: وظاهر " الموطأ"، كقول سحنون.

وقال اللخمي: يختلف إذا باع ولم يبين.

وأصل ابن القاسم أنها مسألة غش، فلا تلزم المشتري، وإن حط ذلك القدر.

وعلى مذهب سحنون هي مسألة كذبٍ، فإن حطَّ ذلك القدر لَزِمَهُ.

وفي "المقدمات": إذا قال: قامت عليَّ بكذا، أو: أبيعها بربح العشرة أحد عشر، ولم يبين هذه الأشياء، فالعقد فاسد؛ لأن المشتري لا يدري، كم رأس المال؟ وكم أضيف إليه؟

وقال في "الموازية": أنه يعمل في ذلك على ما ذكرناه مما يُحسبُ، ويُحسبُ ربحه، وما يحسب ولا يحسب ربحه. وهو ظاهر قول سحنون في "العتبية" في نوازله، وهو بعيد، والصواب ما قدَّمناه.

ونَصَّ ابن بشير على أن العقد لا يفسد بعدم التبيين.

فرع:

قال في "المدونة": فإن ضرب الربح على الحمولة، ولم يُبَيِّن ذلك، وقد فات المتاع بتغير سوقٍ أو بَدَنٍ حُسِبَ ذلك في الثَّمَن، ولم يحسب له ربح، وإن لم يفت رد البيع، إلا أن يتراضيا على ما يجوز، وقوله: "إلا أن يتراضيا"، جعل ذلك كاستئناف بيع.

واختلف الشيوخ بعد الفوات، هل هي مسألةُ غِشٍّ أو كذب؟

فقيل: إنها مسألةُ غِشٍّ؛ لأن هذا لم يكذب فيما ذكر من ثمنه، ولكنَّه أبهم، فيسقط عنه ما يجب إسقاطه، ورأس المال ما بقي، فاتَ أو لم يَفُت، ولا ينظُر إلى القيمة، وهذا تأويلُ أبي عمران على الكتاب، وإليه نَحَا التُّونِسيُّ والباجيُّ وابن محرِز، وأنكره ابن لبابة.

وقيل: هو من باب الكذب؛ لزيادته في الثمن ما لا يُحسب، وحملِهِ الربح على ما لا يجب حمله، فيُقال للبائع: أسقط ما يجب إسقاطه من النفقة والربح، فإن فعل لزم المشتري ما بقي وربحه، وإن أبي فسخ، إلا أن يجب المشتري التمسك، فإن فاتت فهي كالكذب، وإن لم يضع البائع ما ذكرناه لزمت المبتاع بالقيمة، ما لم تكن أكثر من جميع الثمن كله بغير طرح شيءٍ، فلا يُزادُ عليه، أو يكون أقل من الثمن الصحيح بعد طرح كل ما يجب طرحه، فلا ينقص، وهو قول سحنون في كتابه، وقول ابن عبدوس، وفسَّر به بعضهم مذهب " الكتاب"، قالوا: وإنما لم يذكر في "الكتاب " القيمة؛ لأن ذلك عنده أقل مِمَّا يبقى بعد الطرح، وإليه مال أبو عمران وعبدُ الحق وابن لبابة".

(ص): **ويجب ذكرُ كل ما لو عَلِمَ المُشترِي به قلَّت رغبته**

(ش): هذا لا يختصُّ ببيعِ المرابحة، وإنما يختصُّ بَيعُ المرابحة بذكر الثمن وحاله من تعجيلٍ وتأجيلٍ، وما أشبه ذلك.

(ص): **فيذكر التأجيل**

(ش): أي: يجب عليه في المرابحة أَنَّهُ إذا اشترى لأجلٍ أن يُبَيِّن ذلك للمشتري؛ لأنَّ الأجل له حِصَّةٌ من الثمن، ويختلف الثمن أيضًا بقرب الأجل وَبُعدِه، فإن لم يبين وباعها بالنقد، فقال في "المدونة": البيع مردودٌ، فقيل: أراد إذا اختار المشتري الرد، وقيل: أراد يفسخ إذا رضي المشتري بالنقد، واستبعد؛ لأنه حق لمخلوق.

(ص): **وفي طول الزمان قولان**

(ش): أي: هل يجب بيانه أو لا؟

ومذهب "المدونة" وغيرها: التبيين، قال فيها: إلا أن يطول الزمان أو تحوَّل

الأسواق، فليبين ذلك. هذا نَصُّ التَّهذيب، وفي "العتبية" نحوه، والذي في أصل "المدونة"، أحب إليَّ أن يبين، وعلَّل ذلك في "المدونة" بأن الناس أرغب في الطري من القديم.

والقول بعدم البيان للخمي، قال: وهذا إذا لم يكن جار عليه، وأما إن جار فإنه يبين.

(ص): وما نقد من الثمن إن كان عينًا وجب، وفي ذكر الأول، قولان: وإن كان عرضًا ففي ذكر الثاني، قولان: وإن كان طعامًا، فقولان: كالأول وكالثاني

(ش): حاصله: أنَّه إذا اشترى بنقد - أي: ذهبٍ أو فضةٍ - ثم نقد غير ما عقد عليه، فإذا باع مرابحة فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يشتريها بذهب وينقد عنه فضة، أو بالعكس، فإن باع مرابحة على ما عقد، وجب عليه بيانُ ما نقد، قاله اللخمي وغيره، ونصَّ عليه في "الواضحة".

المازري: وحكى ابن المواز عن مالك جواز ذلك إذا لم يزده على صرف الناس.

وإن باع مرابحةً على ما نقد ففي ذكر الثمن الأول الذي عقد عليه، قولان.

والقول بوجوب التبيين في "الواضحة"، وهو ظاهر "المدونة".

المازري: وهو ظاهر المذهب.

والقول بعدم الوجوب لمالك في "الموازية"، والقولان خلافٌ في حال، هل هو مِمَّا تكرهه النفوس أم لا؟

والقسم الثاني: أن ينقد عن العين الذي اشترى بها عرضًا مُقَوَّمًا.

اللخمي: ولا بيع على ما نقد حتى يبين، وإن باع على ما عقد، فمذهب "المدونة" أنه يبين ما نقده من العرض؛ لأن ما عقد عليه لم يستقر ثمنًا.

(ع): وهو ظاهر المذهب.

وقال ابن المواز: يجوز، وإن لم يبين.

القسم الثالث: أن ينقد عن العين **طعامًا**، يريد: أو مثليًّا، وخصه بالذكر إما على سبيل التمثيل، وإما لأنه الواقع في "المدونة".

اللخمي وعياض وغيرهما: وظاهر "المدونة" وجوب التبيين.

وفي "الموازية": يجوز له أن يبيع على ما **نقد**، وإن لم يبين في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون وسائر العروض.

وتأوَّل فضل "المدونة" عليه، وعلى هذا، فقوله: (فقولان: كالأول وكالثاني)، هو

تفسير للقولين، والقول بأنه كالأول هو مذهب "المدونة" كما تقدم.

وقوله: (كالثاني) هو مذهب " الموازية"، ولا يمكن أن يريد بقوله: (كالأول) أنه يجب ذكر الطعام، ويختلف في ذكر العين، وبقوله: (كالثاني): أنه يجب بيانُ العين الذي وقع عليه العقد، ويختلف في بيان العرض، وإن كان (ع) قال ذلك؛ لأن الحمل على ذلك يستلزم الطرق لا الأقوال، على أنَّ النقل لا يساعده.

(ص): **فلو كان الثمن عرضًا غير مثلي، ففي جواز البيع مرابحة، قولان: بخلاف المثلي**

(ش): أي: ولو اشترى سلعة بعرض غير مثلي، فهل يجوز بيعها مرابحة؟

أجازه ابن القاسم، ومنعه أشهب وسحنون؛ لأنه بيعُ ما ليس عندك؛ أي: لأنَّ المشتري دخل على أن يدفع ذلك العرض على الحلول، فكان كالسلف الحال.

وحمل اللخمي قول ابن القاسم على ظاهره، وتأوَّل حديث النهي عن بيع ما ليس عندك، على بيع معين في ملك غيره.

وإلى ذلك أشار ابن يونس؛ لأنه قال: ليس هذا من باب بيع ما ليس عندك؛ لأنه لم يقصد ذلك، بدليل اتفاقهم في الشقص المبيع بشيءٍ، مِمَّا يُكالُ أو يُوزن، أن للشفيع أن يأخذه بمثل ذلك، وإن لم يكن عنده، والأخذ بالشفعة بيعٌ ثانٍ. انتهى.

وردَّه عياض بأن الشفعة لا يقدر فيها إلا على ذلك، **بخلافه** هنا، فإنهما قادران على البيع مساومة.

واستقرأ بعضهم من قول ابن القاسم في هذه المسألة جواز السلم الحال.

وحمل القابسي قول ابن القاسم على أنَّ العرض حاضر عند المشتري فيتفق القولان، فيكون ابن القاسم أجاز إذا كان العرض حاضرًا، وأشهب منع إذا كان غائبًا.

وظاهر قوله: (بخلاف المثلي) أنه يتفق على جواز البيع فيه مرابحة؛ لأنَّ ذوات الأمثال توجد غالبًا.

ونحوه لابن بشير، وهو وهم؛ لأن أشهب نص في "المدونة" على المنع في الجميع، بل ولو لم ينص عليه، لكان لازمًا له؛ لأن السلم الحال ممتنع فيهما، وقاله (ر)، (ع).

(ص): **ولو أتم بعض المبيع بشراءٍ من شريكه، فالرواية كالأجنبي، وفيه نظر**

(ش): يعني: إذا اشترى جزءًا من سلعةٍ، ثم أتم بقيتها بشراءٍ من شريكه، فإنَّ له بيع الجميع مرابحةً من غير بيانٍ، كما جاز للأجنبي إذا اشترى الجزء الباقي أن يبيع هو

والمشتري الأول جميع السلعة من غير بيانٍ.

وأشار بالنظر إلى الفرق بينهما؛ لأنَّ اشتراه بقيتها قد يزيد فيه؛ ليكمل له الملك، والمشتري يكره ذلك، فينبغي أن يقال بوجوب التبيين، بخلاف الأجنبي، فإنه قد دخل ابتداءً على الشركة، وذلك مِمَّا يُناقضُ الثمن، وهذا لا يكرهه المشتري في بيع المرابحة، وقد أشار ابن بشير إلى هذا النظر.

وقيد اللخمي الجواز بأنَّ الزيادة كانت لصلاحية السلعة لذلك، أو لغلاء السوق، وأمَّا إن كانت لدفع ضرر الشركة فيجب البيان.

(ص): **ولو كان مُتَعَدِّدًا مختلفَ الصفات فقومه وجب بيانه**

(ش): كما لو اشترى ثيابًا أو عرضًا في صفقةٍ واحدةٍ، ثُمَّ جعل لِكُلِّ سِلْعَةٍ مِنَ الثَّمَنِ قسطًا، فلا يجوز له أن يبيع إحداهما على ذلك إلا بعد التبيين؛ لأنه قد يخطئ في التقويم، وقد لا يخطئ، ولكن زاد لرغبته في الجملة، أو في سلعةٍ منها.

(ص): **وإن كان متفق الصفات كثوبين مثلا، فثالثها: إن كان عن سلمٍ جاز**

(ش): أي: وإن اشترى متعددًا (مُتَّفِقَ الصِّفاتِ كثوبين)؛ أي: متَّفِقَين، وحذف الصفة للعلم بها. وقوله: مَثَلا، حشو؛ لأن الكاف تُفيده. والجواز لابن نافع؛ لأن اتِّفَاقَ الصِّفَةِ يَبعُدُ معهُ الخطأُ في التقويم.

والمنع لسحنون؛ لأنه قد يرغب في الجملة.

والتفصيل مذهب "المدونة": إن كان من سلمٍ جَازَ، وإن كانا معينين لم يجز؛ لأنه قد يُقصد أحدهما، بخلاف السلم، فإنَّه إنما انعقد على الصفة، والفرض أنها مستويةٌ، وقيَّدَ فيها الجواز في السلم بأن لا يكون تجاوز عنه في الصفة، أي: أخذ أدنى مِمَّا في الذمة.

وقيده اللخمي أيضًا بأن لا يكون أحدهما أجود مِمَّا في الذمة، فإن كان أحدهما أجود وظَّفَ الزَّائدَ عليه، وعلى ثوب المرابحة، لأنَّ الزيادة كهبةٍ، لأجل البيع، فيجب توظيفها.

واختُلف إذا وجب عليه البيان ولم يُبَيِّن، هل هي مسألةُ غِشٍّ؟ أو مسألة كَذِبٍ؟

(ص): **وأما في المثلي فجائز**

(ش)، أي: وَأَمَّا لو باع بعض ما اشتراه من المثلي مرابحةً فله أن لا يبين، وهكذا نَصَّ عليه في "المدونة".

وتَعَقَّبَهُ المتأخرون بأنَّ شراء الجملة يرغب فيه، فيكون ثمن بعضه منفردًا أقل منه

بانضمامه إلى الجملة، ولا سيما على ما تقدم: أن استحقاق الثلث فيها مقتضٍ لِرَدِّ جميعه.

(ص): **ولو أقال مشتريه منه وجب بيانه**

(**ش**): أي: ولو أقال المشتري من المبيع، فلا يجوز له أن يبيعه حتى يبين؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس.

وقوله: (أقال): يُرِيدُ: على مِثلِ الثَّمنِ الأوَّلِ؛ لقوله بعد هذا: (فإن كان بزيادةٍ أو نقصٍ)، والظاهر أنَّ وُجُوبَ التَّبيينِ عامٌّ عَلَى قولِ مَنْ رَأَى: أَنَّ الإقالة حَلُّ بَيعٍ، أو ابتداءُ بيعٍ، لما ذكرناه من كراهة النفوس.

فائدة:

الإقالة عندنا بيعٌ من البيوع إلا في ثلاث مسائل: الإقالةُ في المرابحة، والإقالةُ في الطَّعَامِ، والإقالةُ في الشفعة.

(ص): **فإن كان بزيادة أو نقص فالمشهور جوازه**

(**ش**): أي: وَإِنْ كَانَ التَّقَايل على زيادةٍ أو نَقْصٍ، فالمشهور - وهو مذهب "المدونة" - جواز بيعه على الثمن الذي تقابلا به من غير بيان؛ لأن الخلاف في الإقالة - هَل هي حَلُّ بَيعٍ أو ابتداءُ بَيعٍ؟ - إنَّمَا هُو إذا كانت على مِثلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ، وَأَمَّا إن كانت بِأَزْيَدَ أو بِأَنْقَصَ، فهو بيعٌ حقيقةً.

والشَّاذُ لابنِ حَبِيبٍ بالمنعِ، ولو استقال بنقصانٍ.

واستُشكل، قوله: مع النقص؛ لأنه خير للمشتري. وَتَأَوَّل اللخميُّ، قوله بِمَا يَمنعُ هذا الإشكال: وهو أَنَّهُ إنما يُمنع إذا استقال بنقصٍ بشرطِ أن يكون الثمن الذي استَرَدَّهَا بِهِ أكثر مِمَّا اشتراها به أولا، مثل: أن يكون اشتراها أولا بعشرة، ثُمَّ بَاعَهَا بخمسة عشر، ثم أقال على اثني عشر، فَيُتَّهَمُ على أنَّ البيعَ صورةٌ؛ ليتوصل إلى بيعها باثني عشر، والأكثر على أنَّ قول ابن حبيبٍ خلافٌ.

وذهب فضلٌ إلى أنَّ المذهب قول ابن حبيب: وتأول مذهب "المدونة" على أَنَّهُ اشتراها من غير باعها منه.

(ص) **فلو كان شراء ثانيًا منه، ففي جعله كالإقالة: قولان**

(**ش**): المحققون من الشيوخ يرون أن لا فرق بين هذه، والتي قبلها في المعنى؛ لأن شرائه ثانيًا إن كان بمثل الثمن فهو إقالة، وإن كان بأقل أو أكثر، فالمشهور الجواز، وإنما افترقا في اللفظ فقط، ففي الأولى رجعت بلفظ الإقالة، وفي الثانية بلفظ الشراء،

والمعمول عليه المعنى، دون اللفظ.

(ص): **ولو باعا مرابحةً والثمن مختلفٌ، ففي قسم الثمن والربح، قولان: أحدهما: كالانفراد، والثاني: كالمساومة**

(ش): أي: ولو اشترى رجلان سلعةً في عقدين بثمنين مختلفين، كما لو اشترى أحدهما نصفها بمائة، والآخر نصفها بخمسين، ثُمَّ باعا معًا صفقةً واحدةً بربحِ مائة، فاختلف المذهب في كيفية قسمهما الثمن والربح، فقال ابن القاسم: وهو المشهور، يقتسمان ذلك أثلاثًا بينهما، وإلى هذا أشار بقوله: (كالانفراد)؛ أي: كما لو باع كل منهما نصفه منفردًا.

وقال أشهب: يُقسمُ الثَّمنُ والربح بينهما نصفين، كما لو باعا مساومةً بمائتين وخمسين، ولأنَّ المشتري إنما دخل على ذلك.

(ع): وكذلك يرجع عليهما في العين والاستحقاق، ومنشأ الخلاف: هل ينظر إلى الأثمان أو الحصص؟

(ص): **ولو باعا بوضيعةٍ، فالمشهور كالانفراد**

(ش): فالمشهور كالمشهور، والشاذ أجراه الشيوخ على قول أشهب.

(ص): **ولا يجب بيان غلة الربع والحيوان**

(ش): خص الربع والحيوان؛ لأنها لا يتغيران بالاستغلال، بخلاف الثياب، وشبهها.

والرَّبع يشمل الأرض، وما اتَّصل بها من بناءٍ وشجرٍ، وهو مُقيد بأن لا تكون ثمرة الشجرة مأبورة يوم العقد فيجب عليه بيانه، وكذلك الصوف، قال في "المدونة": لأنه إن كان يوم البيع تامًّا فقد صار له حِصَّةٌ من الثمن، وإن لم يكن تامًّا فلم ينبت إلا بعد مُدَّة تتغير فيها".

وأما الأولاد فليست بغلة، فلا يندرج في كلامهم، قال في "المدونة": فإن توالدت الغنم لم تبع مرابحةً حتى يبين، وإن باعها بالأولاد.

(ص): **وإذا كذب في الثمن، والسلعة قائمة، فله ردها، إلا أن يحط الكذب وربحه، وقيل: ولو حط، لخبث مكسبه**

(ش): كما لو اشتراه بعشرة، وقال: باثني عشر، وسواءٌ كَذَبَ عمدًا أو خطأً، قاله ابن حبيبٍ، وهذا صريح الكذب. وألحق به سحنون تقدير الكذب، وهو ما له تأثير في زيادة الثمن، مثل: أن يشتري بثمنٍ مؤجلٍ فيبيع نقدًا، أو ثوبين في صفقةٍ فيبيع أحدهما

بما ينُوبُه، وهو خلافُ مذهب ابن القاسم، قاله ابن رشد.

قوله: (فله ردها)، لا شك أن له أن يتمسك بها، وله أن يردها، إلا أن يسقط البائع الكذب وربحه، فلا مقال للمشتري حينئذٍ؛ لأن الخيار كان له بسبب الزيادة، وقد سقطت، هذا هو المشهور.

وقال عبد الملك: للمشتري الخيار ولو أسقط البائع؛ لأن البائع قد تَبَيَّن خُبثُ مكسبه.

وأشار اللخمي والمازري إلى أَنَّهُ وفاق، وحملا قول مالك على أن المشتري قام بالكذب وحده، ولو قام بخبث المكسب لكان ذلك له، كقول عبد الملك.

(ع): وفيه نظر؛ لأنه لو كان هَذَا يَدُلُّ عَلَى خبث المكسب، لَلَزِمَ أَنْ يكون الخيار لمن اشترى منه غيرها، ولو مساومة.

ونقل ابنُ بشيرٍ عن المتأخرين أنه إن أظهر على كذب البائع من غير أن يأتي متنصلا منه، فللمشتري الخيار، لخبث مكسبه، وإن أتى البائع متنصلا من كذبه نادمًا على ما صدر منه فكالمشهور.

(ص): وإن فاتت فالبائع مُخَيَّرٌ بين أخذ الصحيح وربحه، أو قيمتهما ما لم تزد على الكذب وربحه، وقيل: يتعيَّن الصَّحيح وربحه

(ش): أي: فإن فاتت السلعة المكذوبُ في ثمنها، ما لم تزد على الكذب، فالمشهور تخيير البائع بين أن يأخذها بالثَّمن الصحيح وربحه، وبين أن يرجع إلى القيمة، بشرط أن لا تزيد على الكذب وربحه؛ لأنَّه قد رضي بالكذبِ وربحه، فلا يُزاد عليه، يريدُ: ما لم تنقص عن الصحيح وربحه. المازري: وهذا على المشهور.

وأما على قول عبد الملك فإن الواجب فيها مع الفوات تفصيلٌ، ويُنظر إلى من يستحقُّ قيمةَ هذه السلعة أو ثمنها، وإن تمكَّنَ البائعُ من المطالبةِ بِمَا بَاعَهُ من مالٍ حرامٍ في يَدِهِ أم لا.

والقولُ بتعيين الصَّحيح وربحه لمالك في "الموازية"، ورجع عنه.

وفي المسألة قولٌ ثالث: أنَّ على المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه، فلا يُزاد عليه، أو يكون أقلَّ من الثمن الصحيح، وما قابله من الربح، فلا ينقص منه.

(ص): وفي الفوات بحوالة الأسواق، قولان

(ش): لما كان الحكم يختلف بقيامها وفواتها احتاج إلى بيان المفيت، وذكر

المختلف فيه، وهو: حوالة الأسواق، وسكت عَمَّا فوقه، لاتِّفَاقِهِم عليه، وروايةُ ابن القاسم: أنها مفيتة.

وروى ابن زياد عن مالك في "المدونة": أنَّ السلعة إِذَا فاتت بنماءٍ، أو نَقْصٍ وجبت فيها القيمة، الشيخ أبو محمد وغيره: هذه الرواية مخالفة لرواية ابن القاسم، وأنَّ حوالة الأسواق لا تُفيتُ على هذه.

وقال جماعةٌ: يُحتمل أن يكون مرادُه في هذه المسألة حُكم هذا البيع مع الفوات، لا بيان حكم ما يفيت هذا البيع، وتكون الروايتان متفقتين، وعلى طريقة ابن أبي زيدٍ مشى المصنف.

وكذلك اختلف في فهم رواية ابن القاسم أنَّ القيمة في هذه السلعة المكذوب في ثمنها يوم القبض، ورواية ابن زياد: أنها يوم البيع، هل ذلك خلاف على ظاهر الكلام؟ أو هُمَا راجعان إلى شيءٍ واحدٍ؟

والمعتبرُ يومُ البيعِ، ومعنى رواية ابن القاسم: أنَّ القبض كان يومَ البيعِ.

واختلف في هذه السلعة المكذوب في ثمنها إذا هلكت بيدِ البَائِعِ هل يكونُ ضَمَانُهَا مِنَ البَائِعِ؟ وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن، أو من المشتري؟ وهو مذهب أبي عمران.

(ص): **وَمَا يُكَالُ أو يُوزَنُ كالقائِمِ يُرَدُّ مِثْلُه في مَوضِعِ القيمة**

(ش) يعني: أنَّ ما تقدم من التفرقة بين القيام والفوات خَاصٌّ بالمُقَوَّمِ، وَأَمَّا المثلي، فإنَّ فوات عينه كلا فوات، لقيام المثلي فيه مقام العين.

وقوله: (**يرد مثله في موضع القيمة**)؛ أي: في الموضع الذي كانت تجبُ فيه القيمة في المقوم.

(ص): **ولو نقص غَالِطًا وصدَّقَهُ، أو قامت بَيِّنةٌ، فعليه ما صَدَّقه وربحُه، أو يَرُدُّهَا**

(ش): أي: لو غلط على نفسه، فباعها بِأَقَلِّ مَمَّا اشْتَرَاهَا بِهِ، كَمَا لَو اشْتَرَاهَا بمائة، وَأَخْبَرَ أَنَّ مُشتراها بتسعين، فلا يصدق بمجرد دعواهُ، بل حتى يُصَدِّقَه المشتري، أو تقوم له بينةٌ، قال في كتاب القسم من "المدونة"، أو يأتي من رَقْمِ الثَّوب مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى الغَلَطِ، فيحلِفُ البائِعُ ويُصَدَّقُ.

زاد الباجي: أو يُرى من حالِ الثَّوبِ مَا يَدُلُّ عَلَى صِدقِه".

وقوله: (فعليه) إلى آخره؛ أي: أنَّ المشتري مُخَيَّرٌ بين أن يدفع الثمن الذي شهدت به البينة وربحه، وبين أن يرد السلعة.

(ص): فإن فاتت فالمشتري مُخَيَّرٌ بين إعطاء الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم ينقص عن الغلط وربحه

(ش): أي: فإن فاتت بنماءٍ أو نقصانٍ، ولم يجعل في "المدونة" تغير السوق مفيتًا، كما في الزيادة؛ لأنه غلط على نفسه.

وحاصله: أنَّ له القيمة ما لم تنقص عن الثمن المغلوط فيه وربحه، وما لم تزد على الثمن الذي تبين وربحه.

وعارض ابن الكاتب هذه المسألة بمسألة تضمين الصناع: إذا باع ثوبًا فغلط فدفع غيره فقطعه المبتاع، فإنه قال: يرده ولا شيء عليه في القطع. فلم يجعل القطع فَوْتًا كَمَا جَعْلَهُ ابن القاسم في بيعِ المرابحة هُنَا.

وَفَرَّقَ هو: بأنَّ ثوبَ الكَذِبِ في المرابحةِ لَو هَلَكَ بعد القبض بِبَيِّنَةٍ لكان هلاكه من المشتري، وثوب الغلط لو هلك ببينة لكان هلاكه من بائعه. وهو يرجعُ في المعنى بما فَرَّق به غيره: بأن مسألةَ تضمين الصُّنَّاعِ لم يجرِ فيها بيعٌ، والبائع سَلَّطَ المبتاع على نفسه فلم يكن عليه شيء، بخلاف القطع في بيع المرابحة، فإنه وقع في بعض ما وقع العقد عليه، وانتقل الملك فيه إلى المشتري.

(ص): وتقويمها يوم قبضها، وقيل: يوم بيعها

(ش): الضمير في (تقويمها)، يحتمل أن يعود على السلعة المغلوط فيها. والقول بتقويمها يوم القبض مذهب " الموطأ"، وتقويمها يوم البيع مذهب "المدونة"؛ لأنه صحيح على ما تَقَدَّم.

ويحتمل أن يعود إلى التي زاد فيها أو نقص، فيعم الصورتين.

(ع): وأشار غيرُ المؤلف إلى أن الخلاف في مسألة الغلط مُخرَّجٌ من مسألة الكذب، لا منصوصٌ.

(ص): ولفظ الأرض يشمل الأشجار والدار ونحوهما، ولفظهما يشملها

(ش): يعني: أَنَّهُ إذا باعَ شخصٌ أرضًا بكذا، ولم يزد، فإنه يتناول ما اتَّصَلَ بها من بِنَاءٍ وشجرٍ، وكذلك لو باعه البناء أو الشجر، اندرجت في العقد للعرف.

(ص): ولا يندرج المأبور والمنعقد إلا بالشرط

(ش): يُقَالُ: أَبَرْتُ النَّخلَ - مفتوح الباء مُخَفَّفًا - يأبر - بضم الباء - أَبْرًا وَإِبَارًا - مُخَفَّفًا - فهي: مَأْبُورَةٌ. وَأَبَّرْتُها - مشدد الباء -، وَأَبَّرَها تَأْبِيرًا وإِبَّارًا - مُشَدَّدًا - فهي مُؤَبَّرة، وَتَأَبَّرَتِ النَّخْلَةُ وأتَبَرَت، واختُلف في معناه، ففي "الإكمال": هو تعليقُ طلعِ

الذِّكرِ في الأنثى؛ لئلا يسقط ثمرتها، وهو اللقاح. ونحوه في الجوهري، قال: يقال: أَبَرَ فلانٌ نَخْله؛ أي: لَقَّحَهُ، وأصلَحَه، ثم قال: "وَتَأْبِيرُ النَّخلِ: تلقيحُه، وقال ابن حبيب: الإبَارُ: شَقُّ الطَّلعِ عن الثَّمرةِ.

قوله: (ولا يندرج المأبُور): يُريدُ إذا اشترى النَّخل، وكذلك لو اشترى النخل والأرض، فَإِنَّهُ لا يندرج في ذلك الثمرة المأبورة المنعقدة، وقاله ابن الجلاب.

(ر): وأفتى ابن الفخار وابن عتَّابٍ باندراجِ الثَّمرةِ، وإن أُبِّرَت وطَابَت، قالا: لأنَّ الشجر أنفسها تندرجُ وإن لم يشترط، وإذا دخلت الأصول فالفروع أولى، قالا: وهو القياس، لكن المنصوص لمالكٍ خلافه، ودليله ما في الصحيح من حديث ابن عمر: "مَنْ بَاعَ نَخْلا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إلا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ"[1].

والتأبيرُ خاصٌ بالنَّخلِ، وما له زهرٌ ثُمَّ ينعقدُ بعقدِهِ كإبارِ النَّخلِ، ولذلك عطفَ المصَنِّفُ المنعقدَ على المَأْبُورِ. وما لا إبار له، الباجي: يُعتبر فيه أن تبرز جميعُ الثَّمرة عن موضعها، وتتميَّز عن أصلها، فهو بمنزلة التأبير فيها. وَفُهِمَ من كلامِه أنَّ الثَّمرةَ غير المأبورة تابعةٌ.

واختلف إذا اشترطها البائع لنفسه قبل الإبار، فقيل: لا يجوز ذلك، وقيل: يجوز. اللخمي: وهو الصحيح من المذهب بناءً على أَنَّهُ مُبقى على مِلكِه.

(ص): **فَإِنْ تَأَبَّرَ الشَّطرُ فله حكمه**

(**ش**): أي: مَا أُبِّر للبائع، وما لم يؤبَّر فللمبتاع، وألحق في "الواضحة" و"الموازية" ما قارب الشطر به.

وقال محمد بن دينار: ما أُبِّرَ تَبعٌ لما لم يُؤبَّر، فالكُلُّ للمبتَاعِ.

وقال ابنُ القاسم: يقالُ للبائعِ: إمَّا أن تُسلِمَ جميعَ الثَّمرة، وإلا فسخ البيع، ولو رضيَ المبتاعُ بِالنِّصف.

هكذا حكى الباجي هذه الأقول، قال: وهذا إذا كانت الثمرةُ المأبورةُ متميِّزةً بعضها أَبِّر، وبعضها لم يُؤبَّر، وأما إذا كانت النَّخلُ في حين تأبيرها، وكان في سائر الثِّمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فروى ابن حبيب: أنَّ ذلك للبائع، ورأى ظهورَ بعضِه كظهورِ جميع أصله الأزهى.

وروى ابن المواز: أَنَّ ذلك لا يجوزُ إلا أن يشترط المبتاعُ الثَّمرة، ورأى أَنَّه لَمَّا لم

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٢٠٤) ومسلم، برقم (١٥٤٣).

يتميز، ولا يجوز أن يشترط البائع ما لم يؤبَّر، فلم يَبْقَ إلا أَنْ يشترط المبتاع نصيب البائع.

وجعلها ابن رشد على خلاف هذا، فقال: الأقلُّ تابع للأكثر، شَائِعًا أو غير شائع، فإن لم يكن أحدُهما تَبعًا وكانا متناصفين أو متقاربين، فإن كان ما أبر على حدةٍ، وما لم يُؤبَّر على حِدَةٍ، فللبائع ما أبِّر، وللمبتاع ما لم يُؤبر على ما قاله المخزومي، وإن كان ذلك شائعًا في كل نخلة فأربعة أقوال:

أحدهما: أن الخيار للبائع، إما أن يُسَلِّمَ الحائطَ بثمرته للمُبتاعِ، وإلا انفَسَخَ البيع، وهو قول ابن القاسم.

الثاني: أنَّ البيع يُفسخُ على كُلِّ حَالٍ، إلا أن يكونَ وقَع بشرطِ أن يكون الثمرةُ للمبتاع، وهو قولُ ابن القاسم وسحنون، فيما حكى الفضل.

الثالث: أَنَّهُ كلَّه للمشتري، وهو قول ابن دينار.

الرابع: أنه كان للبائع، وهو قولُ ابن حبيب في "الواضحة".

وذكرها ابنُ زرقون على ما ذكرها ابن رشد، وذكر أنَّ الباجيَّ لم يحسن تحصيل هذه المسألة.

وذكر ابنُ العطار أنَّ الذي به القضاء: أنَّ البيع لا يجوز إلا برضا البائع وتسليم الجميع للمُبتاعِ، ابن العطار: أو يرضى المبتاعُ بتسليمِه للبائع.

(ص): **فإن تَأَبَّر الأكثرُ حُكِمَ بحكمِهِ للجميع**

(**ش**): هذا قول مالكٍ الذي عليه أكثر أهل المذهب، ورُوي عنه: أَنَّهُ مثل ما لو تأبر الشطر.

(ص): **ولكليهما السقي ما لم يضر بالآخر**

(**ش**): قال (ر) وشيخنا وغيرهما؛ يعني: البائع والمشتري؛ أي: حيثُ يُحكمُ بالثمرة للبائع - بانعقادِها أو إبارِها - فله السَّقيُ ما لم يَضُرّ بالمشتري ولمشتري الأصولِ سقيُها ما لم يَضُرّ بثمرة البائع.

وقال (ع): ولكل واحدٍ من صاحبي المأبور والمنعقد السقي ما لم يضر ذلك بالمشتري. ومعناه: إلى الوقت الذي جرت العادة أن تجد الثمرة فيه.

وانظر: لو تقابل الضرران، فإني لم أر لأصحابنا فيها شيئًا.

وللشافعية فيها ثلاثة أقوالٍ: هل يقدم البائع أو المشتري؟ لأنَّ البائع قد التزم سلامة الأشجار له، أو يتساويان؟ فيفسخ العقد، لتعذُّر الإمضاء إن لم يصطلحا.

نعم تكلم علماؤنا فيمن يلزمه السقي، فقال مالك في "الموازية": هو على البائع حتى يسلم الأصل لمشتريه.

وقال المخزومي في بائع النخل دون الثمر: إن السقي على مُشتري الأصول.

فرع:

فإن اشترط المبتاع بعض ما أبر أو بعض ما خرج من الزرع لم يجز على المشهور؛ لأنه قصد بيع الثمار قبل بدو صلاحها، بخلاف اشتراط بعض ما أزهى، أو بعض ما يبس من الزرع.

وقال أشهب: يجوز اشتراطُ بعضِ ذلكَ كاشتراطِ الجميع.

ولو كان المبيع فدادين، فاشتراط زرع أحدها لم يجز عند ابن القاسم، وقيل بالجواز عليه؛ لأنه لو أفرد كُلَّ فدان بالبيع واشترط زرعه جاز، حكاه في (الطرر).

(ص): **ولا تَشمَلُ الأرضُ الزَّرعَ الظَّاهِرَ، وفي الباطنِ روايتان**

(ش): واختلف في أرض الزرع، فالمشهور أَنَّهُ: ظهوره من الأرض، وهي رواية أشهب عن مالك، ورواية ابن القاسم، وروى عنه ابن القاسم أيضًا: هو أن يفرك وَرُوي عن مالك في "الأسدية": أنه: خروجه من يد باذرة.

(ص): **ولا الحجارة المدفونة على الأصح**

(ش): يعني: أَنَّه إذا باع أرضًا فيها صخرٌ، أو رُخامٌ، أو أعمدةٌ، فالمعلومُ من مذهب ابن الاسم أَنَّهُ لا حَقَّ في ذلك للمبتاعِ، وهو للبائع.

وذهب سحنون وابن حبيب وابن دينارٍ، إلى أنها للمبتاع، وهو ظاهر قول ابن القاسم في "العتيبة".

وقَيَّدَ صاحب " البيان " هذا الخلاف بالمجهول الذي لا يُعلمُ صاحبه، قال: وأما إن ثبت أنَّ ما وُجدَ في الأرض مُغَيَّبًا من متاع البائع أو من متاعِ من ورثة عنه، فلا خلاف أنه له، وكذلك إن عُلِمَ أنَّ مَا وجدَهُ أحدُ الورثة في حَظِّهِ أَنَّهُ لمورثهم فهو بينهم بلا خلاف، وكذلك إن ثبت أن البيت أو الجب الموجود تحت الأرض كان البائع عمله ونسيه، فلا خلاف أن للبائع أن ينقض البيع، ولمن يجد ذلك في حظه من الورثة أن ينقض القسمة.

(ص): **والدَّارُ تَشملُ الثَّوابتَ، كالأبوابِ والرُّفُوفِ والسُّلَّمِ المُسَمَّر**

(ش): أي: إذا باع دارًا، فَإِنَّهَا تَشمَلُ الأشياء الثوابت، وهي جمع ثابت، كالأبواب والرفوف والطاقات.

واشتراطه في السلم أن يكون مُسَمَّرًا يقتضي: أَنَّهُ لو كان غير مُسَمَّرٍ لكان للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، وهو قول ابن عتَّاب.

وألحقه ابنُ العطار وابن زرب بالمسمَّر، واحتج له ابنُ سهل، بقول ابن القاسم فيمن اكترى مَنَازِل سنةً، وفيها عُلوٌّ، وَلَيْسَ لَهُ، فَقَالَ المكتري لصاحب المنزل: اجعل لي سُلَّمًا فتوانَى حتى انقضتِ السَّنَةُ، قَالَ: يُنظر إلى ما يصيبُ ذلك العُلو من الكراء، فَيُطرح.

وَرَدَّه صَاحِبُ " البيان " بأنَّ الكراء يَتَضَمَّنُ التَّمكينَ من الانتِفَاعَ، ولا يُتوَصَّل إليه إلا بالسُّلَّم، فإذا لم يجعل له سُلَّمًا لم يحصل له التَّمكين، وأما الشِّراء فيتضمن التمكين من ذات المبيع، وقد حصل، وليس من شرط التمكين من الدار دفع سلم، وإلا لوجب على البائع أن يأتي بسلم إن لم يكن، وهذا لم يقله ابن العطار.

واحترز المصنف بـ (الثوابت): عما ينقل كالحبل والدلو، فإنَّ ذلك غير ثابت.

ابن عتاب: وتندرج المطحنة المبنية. وقال ابن العطار: السفلى فقط.

فرع:

ولو كان بالدَّارِ أزيار ونحوها، فأراد البائع إخراجها، فلم يسعها الباب، أو كان فيها بعير صغير فكبر، ولم يخرج من الباب، فقال ابن عبد الحكم: ليس على صاحب الباب قلعه، ويذبح هذا بعيره ويكسر جراره.

ونزلت بإشبيلية وكتب بها إلى القيروان، فقال أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الباب ويبنيه البائع، إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعده عيب ينقص الدار، قيل للمبتاع: ادفع قيمة الجرار، فإن أبى قيل للبائع: ابن له، وأعطه قيمة العيب، فإن أبى تُرِكَا حتى يصطلحا.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن علم المبتاع بها، ووقع الشِّرَاءُ عَلَى أَنَّهَا للبائع لزمه إخراجها، وإن لم يعلم وكان الذي يُهدم لها يسيرًا هدمه وأصلحه.

(ص): **والعبد يشمل ثياب المهنة التي عليه دون ماله، إلا باشتراط**

(ش): يعني: أنَّ إطلاق لفظ العبد يشملُ الثياب التي يمتهنُها في خدمته بحكم العرف، وكذلك الأمة بخلاف ثياب الزينة.

فرع:

واختلف إذا اشترط البائع ثياب المهنة: هل يُوفى له بالشرط؟ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وصححه ابن رشد، وذكر أن به مضت الفتوى، أو يبطل شرطه؟ وهو

رواية أشهب عن مالك، ابن مغيث في "وثائقه"، وبه مضت الفتوى عند الشيوخ.

فائدة:

ذكر المتيطي وغيره ست مسائل، قال فيها: مالك بصحة البيع وبطلان الشرط.

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اشترى أرضًا بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: على أن لا مواضعة على البائع.

الرابعة: على أن لا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السادسة: إذا اشترى ثمرة على أن لا قيام له بالجائحة خلافًا لما في "السليمانية" أنه يوفى له بالشرط، هكذا نقل (ع)، ونقل اللخمي عن " السليمانية": أنَّ البيع فاسد، قال: وقال ابن شهاب: البيع جائز، والشرط جائز.

(خ): ويزاد إلى هذه إذا اشترط ما لا غرض فيه ولا مالية، فَإِنَّه يُلْغَى كَمَا تَقَدَّمَ.

وذكر ابن لبابة عن مالك في: إِنْ لَمْ يَأْتِ بالثَّمَنِ إلى أَجَلِ كَذَا ثلاثةَ أقوال:

أحدها: ما تقدم.

الثاني: صِحَّةُ البيع والشرط.

والثالث: فسخ البيع.

عياض: وفرق في "الدمياطية " بين: (إن جئتني)، وبين: (إن لم تأتني). فإن قال: أبيعك على إن جئتني بالثمن، فالبيع بيني وبينك، فالثمن حالٌّ، كأنه رآه بيعًا ثانيًا، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد، فيفسخ الشَّرْطُ وَيُعجَّل النَّقدُ، وإذا قال: إن لم تأتني بالثمن فكأنه لم ينعقد بينهما بيعٌ، إلا أن يأتيه فلا يجبر على النقد إلا إلى الأجل.

وقوله: (دون ماله إلا باشتراط)، لما صح عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر: "مَنْ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ"[1].

(ص): وبيع الثمار ونحوها قبل بدو صلاحها على القطع يصح

(ش): قوله: (ونحوها)؛ أي: من الزرع والمقاثي.

وقوله: (على القطع)؛ أي: على القطع في الحال، أو قريبًا منه، ولا يؤخرها لزمانٍ تزيد فيه، وقيَّده اللخمي بثلاثة شروطٍ:

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٣٧٩) والترمذي، برقم (١٢٤٤).

أولها: أن ينتفع به؛ " لِنَهْيِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ إِضَاعَةِ المَالِ"[(١)].

ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجة، وإلا كان من الفساد في الأرض.

ثالثها: أن لا يتمالأ أهل البلد على ذلك؛ لئلا يعظم الفساد.

(ص): **وعلى التبقية يبطل**

(ش): أي: وبيعها على شرط التبقية باطل، لما في "الموطأ": "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى تُزْهِيَ، فَقِيلَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللهِ، وَمَا تُزْهِي؟ فَقَالَ: حِينَ تَحْمَرُّ"[(٢)].

وَفِي الصَّحِيحِ: (أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنْ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ مِنَ العَاهَةِ، نَهَى البَائِعَ وَالمُشْتَرِي"[(٣)].

(ص): **فإن أطلق فظاهرُ "المدونة" يصحُّ، وقال العراقيون: يبطل**

(ش): أي: لم يشترط القطع، ولا التَّبقِيَةَ، فظاهر "المدونة" يصح؛ لقوله في البيوع الفاسدة: ومن اشترى تمرًا لَمْ يَزه فجذَّهُ قبل إزهائه فالبيعُ جائزٌ، إذا لم يشترط تركه إلى إزهائه.

ووقف مع هذا الظاهر ابنُ محرز وعبد الحميد واللخمي وغيرهم من المتأخرين، ورجَّحُوهُ بِأَنَّ مُقْتَضَى العقد المناجزة في الثَّمَنِ والمَثْمُونِ، والتأخيرُ فيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرطٍ أو عَادَةٍ.

ومذهب العراقيين: البطلانُ، وهو المذهب عندهم. الباجي والمتيطي: وهو المشهور عن مالك.

وَتَأَوَّل ابنُ أبي زيد "المدونة" على ذلك؛ لأنه تَأَوَّلها على أنها شَرَطَا الجَذ.

واختار اللَّخميُّ أن يُستَدَلَّ على الجذاذِ والتَّبْقِيَةِ بِقِلَّةِ الثَّمَنِ وكَثرته، إذ ثمنُ ما على القطع أقل.

فرع:

إذا وقع العقدُ على التَّبقِيَةِ فُسِخَ، والثمرةُ من ضمانِ البائعِ ما دامت في رؤوس النخل، فإن جَذَّهَا المبتاعُ رُطَبًا رَدَّ قيمتَها، وإن جَذَّها تَمرًا رَدَّهُ بعينه، وإلا رَدَّ مثله.

كذلك يُفسخُ إذا باعها على الطلاق، وقُلنا: إنَّ ذلك يقتضي التَّبْقِيَة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٦٣/٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٣٠٤).

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١٩٧) ومسلم، برقم (١٥٣٦).

(ص): **وبيعُها لمشتري الشَّجَرِ يَصِحُّ عَلَى الأصَحِّ**

(ش): يعني: أنَّه اختُلف فيمن اشترى نَخلا مأبورةً، وقُلنا: إنَّ الثَّمرةَ للبائع، هل يجوزُ للمشتري أن يشتري الثَّمرةَ.

الأصح - وهو المشهور -: الجوازُ: كبيعِ الخِلفَةِ بعد شراءِ الأصلِ، واشتراء أرضٍ فيها زرعٌ لم يُبدَ صلاحُهُ مُجَرَّدَةً من الزَّرْعِ ثُمَّ اشتراه، وكبيع مال العبد في عقدٍ ثانٍ، بناءً على أنَّ اللاحق للعقد واقعٌ فيه أم لا؟.

وحكى بَعضُهم في مسألة المصنف ومال العبد، أربعة أقوال:

هذان القولان.

الثالث: الجواز في الثمرة دُونَ مالِ العبد، رواه أشهب أيضًا، وقال به.

الرَّابعُ: يجوزُ ذلك بحدثان العقد، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

يحيى: وَحدُّ البُعدِ في ذلك عشرون يَومًا.

قال بعضُ الشُّيوخ: ولو جَذَّ الأصلَ، ثُمَّ اشْتَرَى الخِلفَةَ فلا يجوزُ اتِّفَاقًا؛ لأنه يشتريها غير مُسنَدةٍ لشيءٍ، وهكذا يأتي في العبد إذا اشتراه فمات، أو أعتقه، أو باعه، ثم أراد بعد ذلك أن يشتري ماله فلا يجوز باتِّفاقٍ، وكذا النخل أو الأرض إذا باعها، ثُمَّ أراد أن يشتري زرع الأرض أو ثمرة النخل، فاعلمه.

(ص): **ويعد بدوِّ الصلاح يَصِحُّ ما لم يستتر، نحو البزر من الكتان**

(ش): أي: ويجوز بيع الثمار بعد بدو صلاحها، منضمة إلى الأصل، أو مفردة على القطع أو على التبقية: لكن بشرط أن لا تستتر في أكمامها، كبزر الكتان مجرَّدًا عن أصله، وكالحنطة مجردة عن سنبلها، والجوز واللوز مجردًا عن قشره، على الجزاف.

الباجي: ولا خلاف فيه، وهو ظاهر؛ لأنه بيعُ مُغَيَّبٍ.

وفي بعض النسخ: ما لم يستثن من الاستثناء؛ أي: الحكم الجواز ما لم يستثن؛ أي: البائع ما كان من الحبوب مستترًا، وعليه تكلم (ع)، فقال: قوله: (ما لم يستثن)، يظهر منعه على القول، بِأَنَّ المستثنى مشترى لا مبقى، على ملك البائع، ويجوز على القول: بأن المستثنى مبقي. والنسخة الأولى أصوب، وهي التي تكلم عليها (ر) وغيره، ويلزم من الثانية مخالفةُ المشهور، فقد قال المتيطي: ويجوز لبائع الثَّمرة أن يستثني جزءًا شائعًا منها، قليلا كان أو كثيرًا؛ لأن البيع لم يتناول الجزء المستثنى، هذا هو المشهور من المذهب، وقال عبد الملك: لا يجوزُ استثناءُ الأكثر، ويجوز في النصف فأقل.

(ص) وبُدوُّ الصلاح في بعض حائطٍ كافٍ في المجاورات في الجنس الواحد إذا كان طيبه متلاحقًا، وقيل: وفي حوائط البلد

(ش): أي: لا يُشتَرطُ عموم بدوِّ الصلاح في الحائط، بل يكفي أن يكون في بعضه، أو في بعض حائطٍ مجاورٍ له، ولو كانت شجرة واحدة، يشترط أن لا تكون باكورة، ولذلك قال: إذا كان طيبه متلاحقًا.

واحترز بقوله: (في الجنس الواحد)، من الجنسين، فلا يُباع جنسٌ بطيبِ آخر، وإن كان الجنس الذي لم يطب تبعًا لما طاب، فقيل: يجوز، ومنعه سحنون؛ لعدم الضرر في تأخيره.

والقول بأنه يجوز بيع جميع حوائط البلد ببدو الصلاح في حائط منها لابن القصار، وإن لم تكن متجاورة.

وزاد ابن رشد، قولا آخر: أنَّه لا يجوز بيع الحائط حتى يعمه الزهو، قال: وما استعجل زهوه من الثمار، بعارض وسبب من مرض في الثمرة، وما أشبه ذلك فلا اختلاف أنَّه لا يبيح له بيع ذلك الحائط.

(ص) وصلاحها: زهوها وظهور الحلاوة فيها

(ش): أي: وصلاح الثمرة زهوها، لما في الصحيح أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الزهو، فقال: "أَنْ تَحْمَرَّ وَتَصْفَرَّ"[1].

فإن قلت: (الزهو) يُغنِي عن الحلاوة؛ لأنها لازمة.

قيل: الظاهر أنَّ كلامه للتنويع، والزهو خاص بالتمر، وظهور الحلاوة في غيره.

نعم في كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: (ظهور الحلاوة لا يعم)؛ لأن بعضها قد لا تظهر فيه الحلاوة كالموز، فإنه يُباع في شجره.

قال في "الموازية": ولا يطيب حتى ينزع.

الباجي: يريد إذا بلغ مبلغًا إذا نزع من أصله تهيأ للنضج.

قال: "وبدو صلاح التين أن يطيب، وتوجد فيه الحلاوة، ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه.

وكذلك بدو الصلاح في العنب الأسود أن ينحو إلى السواد، وفي الأبيض أن ينحو إلى البياض مع النضج.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٢٠٨) ومسلم، برقم (١٥٥٤) كلاهما من حديث أنس رضي الله عنه.

(ص): وفي البقول وشبهها بإطعامها

(ش): أي: وبدو الصلاح في البقول بإطعامها، أي: ينتفع بها في الحال.

الباجي: وأما الجزر، واللفت والفجل، والثوم والبصل، فبدو صلاحه إذا استقل ورقه، وتَمَّ وانتفع به، ولم يكن في قلعه فساد، وقصب السكر إذا طاب، ولم يكن في كسره فساد، والبر والفول والجلبان والحمص، إذا يبس ذلك، قال: وعلى هذا عندي حكم اللوز والجوز والفستق. وأما الورد والياسمين بأن تنفتح أكمامه ويظهر نوره، والقصيل والقضبُ والقِرْطُ، إذا بلغ أن يُرعَى دون فساد، وفي الزيتون أن ينحو إلى السواد، وفي القثاء والفقوس أن ينعقد، ويوجد له طعم.

واختلف في البطيخ، فقال ابن حبيب: صلاحه إذا نحا ناحية الاصفرار؛ لأنه الغرض المقصود منه.

وقال أشهب: أن يؤكل فقوسًا، وأما الاصفرار فلا.

أصبغ: فقوسًا قد تهيأ لينطبخ، وأما الصِّغَارُ فلا.

فرع:

فإن بيعَ الفولُ أو الحِنْطَةُ، أو العدسُ أو الحِمَّصُ بعد أن أُفرِكَ وقبل يُبْسِهِ، ولم يشترطه قطعه، ولا بقاؤه، فقال ابن عبد الحكم: يفسخ كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح.

وقال ابن القاسم: يفوتُ باليُبْسِ وَيَمْضِي.

وفي "المدونة": أكرهه، فإذا وقع وفات، فلا أرى أن يفسخ، الشيخ أبو محمد، معناه: يفوت بالقبض.

في "الموازية": إن نزل لم أفسخه. وظاهره: أنه يمضي بمجرد العقد.

(ص): وما يخلف كالياسمين فللمشتري

(ش): لا إشكال أن ما لا يُخلِف إذا بيع يتناول جميعه، ولهذا لم يتعرض المصنف له، وأما ما يخلف فإن تميزت بطونها كالقضب والقرط فلا تدخل الخلفة إلا بشرط، ابن حبيب: ولا يجوز اشتراطها إلا في الأرض المأمونة - كأرض النيل وشبهه - وَأَمَّا أرض المطر، فلا يجوز اشتراط خلفتها، إذا قد لا تمطر فلا تكون له خلفة.

وإن لم تتميز بطونها كالياسمين والجُمَّيزِ والبطيخ والمقاثي، وله آخر فأجاز مالك بيعه، وللمشتري جميع تلك الغلة إلى آخرها، قال في "المدونة": ولا يجوزُ اشتراءُ ما تُطعمُ المقثأة شهرًا؛ لاختلاف الحمل فيه، وَقِلَّةِ الجَزِّ وكثرته.

(ص): فإن استمر فكالموز، فلا بد من الأجل

(ش): أي: إن كان ما يخلفُ ليس له إبانٌ ينتهي إليه كالموز، فلا يجوزُ بيعُه إلا بضربِ الأجل، وهو غاية ما يمكن.

قال مالك: ويجوزُ اشتراط خُلفَتِه السَّنَتَين.

وقال ابن نافع: لا يجوز إلا السنة ونحوها.

تنبيه:

وقع في نسخة (ر) هُنَا زيادة مسألة نصها: ولو كانت الأشجار تُطعِمُ بطنين، ففي بيع البطن الثاني بِبُدُوّ صلاح الأوَّلِ، قولان: مشهورهما المنع.

(ر): بناء على أن البطن الثاني يتبع الأول، فيجوز بيعه بصلاح الأول، أو مستقل فلا يجوز.

وكذلك قال الباجي: المنع ظاهر المذهب.

(ص): وبيع العرايا مستثنى من الربا، والمزابنة، وبيع الطعام بالطعام نسيئة

(ش): العرايا: جمع عَرِيَّة، كعَطِيَّة، وعطايا، وسُمِّيَتْ بذلك؛ لأن نخيلها مُعَرَّاةٌ عن المساومة عند البيع، وفعله رُبَاعِي، أشار إليه صاحب " العين"، وقيل: لأن الثمرة مُعَرَّاةٌ من السوم عند البيع.

وقيل: هي اسمٌ لِلثَّمَرَةِ المَطْلُوبَةِ، مِن عَرَوتُ الرَّجُلَ أَعْرُوهُ؛ أي: طلبته، فهي فعلية بمعنى مفعولة، وَإِنَّمَا أُدْخِلَتْ فيها الهاءُ؛ لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء، مثل: النطيحة والأكيلة.

وقيل: سميت بذلك؛ لأن الذي أعراها يختلفُ إليها، ويخلو بأهله بها؛ لاجتناء ثمرتها، وهو قريبٌ مِمَّا قبله.

وقيلَ: سميت بذلك؛ لتخلِّي مَالكِها عنها من بينِ مَالِهِ، كأنَّهَا عَرِيت من جُملةِ النَّخلِ، فهي - على هذا -: بمعنى فاعله.

وقيل: لأنها عريت من تحريم المزابنة، وخلت من ذلك. وَيَرِدُ على هذا تسميتُها قبل وُرُودِ الشَّرع المحلل والمحرم، وفي الصحيح: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْع التَّمْرِ بِالتَّمْرِ، وَقَالَ: ذَلِكَ الرِّبَا وَتِلْكَ المُزَابَنَة، إلا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي بَيْعِ العَرِيَّةِ، النَّخْلَة وَالنَّخْلَتَيْنِ يَأْخُذُهُمَا أَهْلُ البَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا لِيَأْكُلُوهَا رَطْبًا"[(١)].

وذكر المصنف أنها مستثناة من الربا؛ أي: من ربا التَّفاضل وَرِبَا النساء، ومن

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٥٤٢) والترمذي، برقم (١٣٠٣).

المزابنة؛ لأنها بيع معلومٍ بمجهولٍ من جنسه، وهي أيضًا مستثناةٌ من رجوع الإنسان في هبته.

(ص): وهي: ثمرة نخلٍ أو شجرٍ ييبس ويُدخَرُ كالتِّين والزَّيتونِ واللَّوز يُوهبُ من حائط

(ش): هذا تعريف للعرية المرخص في جواز بيعها بخرصها، وإلا فالعرية من حيث هي جائزة في كل شيءٍ.

(ص): فيجوز شراء المعري أو من يَتَنَزَّلُ منزلته ببيعٍ أو هبةٍ أو ميراثٍ من المعرى أو من يتنزل منزلته، بعد بدو صلاحها بخرصها من نوعها، يوفيه عند الجداد، لا قبله في ذمته، لا في معين، فقيل: لدفع الضرر، وقيل: لقصد المعروف، وعلل مالك وابن القاسم بهما، وعلى الأوَّل لا يشتري بعضها ولا جميعها إن كانت كل الحائط، ولا شريك حصته، وشرطه: خمسة أوسقٍ فأدنى، وقيل: أدنى...

(ش): اعلم أنَّهُ لا يَجُوزُ شِراءُ العَرِيَّةِ بخرصها إلا بشروط:

الأولُ: وهو مُتَّفقٌ عليه: أن يكون مشتريها هو مُعريها، أو من يتنزل منزلته، إما ببيعٍ أو هبةٍ أو ميراثٍ من المُعري أو من يتنزل منزلته.

الثاني - وهو متفق عليه أيضًا -: أن يبدو صلاحُها؛ للنهي عن بيع الثمرة قبل ذلك؛ قصرًا للرخصة على محلها.

الثالث: عياضٌ: وهو متفقٌ عليه أيضًا، أن لا يشتريه إلا بخرصها - بكسر الخاء -؛ أي: بكيلها، وأما بفتحها، فهو: اسم الفعل، لما في الصحيح: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَخَّصَ فِي بَيْعِ العَرَايَا بِخِرْصِهَا، فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، أَو فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ"[(١)]، شك الراوي في ذلك، وفيه نظر، فإنه روي عن مالك جواز شرائها بغير خرصها.

الرابع: وهو متفق عليه أيضًا: أن يشتريها بنوعيها، إن صيحانيا فصيحاني، وإن برنيا فبرني.

وأجاز القابسي أن يتراضيا عند الأجل على تمر من غير صنفها، وشبهه بالقرض، إذ كل منهما باب معروف. وألزم على تشبيهه أن يجوز بيعه قبل القبض كما في المشبه به.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٣٨٢).

وأُجيب: بأن جواز البدل بغير الصنف لا يلزم منه جواز بيعه قبل قبضه كالسلم.

ورُدَّ بأنَّ الإلزام على التشبيه بالقرض، لا على جواز البدل.

وأجراها ابن يونس في البدل مجرى السلم.

وبالجملة فقد اختلف الأشياخ في إجراء العرية مجرى البيع والقرض.

الخامس: يشترط أن يكون العوض مؤخرًا إلى الجداد، ولا يجوز بشرط التعجيل، وحكى عياض الاتفاق عليه.

وحكى ابن يُونس عن مالك أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها تمرًا نقدًا، وإن وجدها مكانه.

أصبغ: ويُفسخُ إن ترك حتى يأتنفا فيها ما يحل بيعه، فإن فاتت رطبًا رد مثلها إن وجد، وإلا فقيمتها.

قال أصبغ: وإن اشترى ما أعرى من رطب الفواكه التي لا تيبس، وقد أزهت بخرصها يدفعه من غيرها نقدًا وإلى تناهيها لم يصلح ذلك، فإن لم يفت ذلك رد، وإن قبض وفات أنفذ، ولم يرد، وكذلك في كل عرية ما يدخلها رخصة العرية ورفقها. قال: ولو أجيز هذا ابتداءً، لم يكن خطأ؛ أي: لأن النقد أبلغ في المعروف.

وفي بعض النسخ: يوفيه في يده، ولا حاجة إلى هذه الزيادة.

قال في "الواضحة": وإن تطوع له بتعجيل خرصها قبل الجداد من غير شرطٍ جاز له.

وهل يُجبر الموهوب على الأخذ؟

أشار ابن يونس إلى أنه يتخرَّجُ على القولين في أَنَّها هل هي كالقرض؟ أو كالبيع؟

السادس: أن يكون العوض في ذِمَّةِ المعرى، لا في حائطٍ معينٍ، اتِّباعًا للرخصة.

فإن وقع التعيين، فقال المازري: الأظهر على المذهب الفسخ، لكونه بيعًا فاسدًا، وفي "المبسوط": يبطل شرط التعيين، ويكون في الذمة.

السابع: أن يشتري جملة العرية، لا بعضها.

ولما أراد المصنف الكلام على هذا الشرط قدم قبل ذلك ما هو مرتب عليه، فقال: (وقيل: لدفع الضرر) إلى آخره، يُريدُ: أَنَّهُ اختلف في عِلَّةِ الجواز بالشُّروطِ المتقدِّمَةِ على ثلاثة أقوال:

أحدها: لابن الماجشون: أَنَّهَا دفعُ الضَّرر عن المُعري بسبب دخُولِ المُعرَى عليه في حائطه، واطِّلاعه على أهله، وشبه ذلك.

الثاني: أنها قصد المعروف؛ لأن رب الحائط إذا كفاه المؤونة كان ذلك زيادة في المعروف.

الثالث - لمالك وابن القاسم -: أن التعليل بهما؛ أي: على طريق البدل، لا على الجمع.

ثم فرع على هذه العلل، فقال: (وعلى الأول) إلى آخره، وتصوره واضح.

معنى قوله: (ولا شريك حصته)، أنه لو أعرى جماعة رجلا بعض حائطٍ، فلا يجوز لأحدهم على التعليل بالضرر شراء حصته؛ لبقاء الضرر بسبب دخول المعري لما يبقى له.

الثامن: أن تكون خمسة أوسقٍ فأقل، وهو المشهور.

وروى أبو الفرج عن مالك: لا يجوز إلا في أقل من خمسة أوسق، وهو أظهر؛ لأنه المحقق، والخمسة مشكوك فيها، ولما في أبي داود، قال: "وحديث جابر إلى أربعة أوسق.

التاسع: أن تكون مما يبس، وهو مأخوذ من كلام المصنف أولا، وليس ذلك خاصًا بالتمر والعنب على المشهور، وكلام المصنف يدل عليه، لتمثيله باللوز.

ولمالك في "الموازية": لا يُشترى بخرصه إلا التمر والعنب، ثم رجع إلى ما في "المدونة".

العاشر: أن تكون بلفظ العرية على المشهور، فلو أعطاه بلفظ الهبة أو المنحة لم يجز الشراء، اتباعًا للفظ الحديث، خلافًا لابن حبيب وغيره، وهذا لا يُؤخَذُ مِن كَلامِ المصنف إلا أن يُقَال: إن قوله: (المعري)، يَدُلُّ على أن هذا لا يجوز إلا للمعري.

(ص): ولو أعراهُ عرايا من حوائط، ففي شراء أكثر من عرية، ثالثها: إن كانت بلفظٍ واحدٍ لم يجز

(ش): يعني: فإن اتحد المعري، لكنه أعراه عرايا من حوائط متعددة في مرة أو أكثر، وفي كل خمسة أوسق فأقل، ثم أراد عشرة أوسق من حائطين، فقال ابن القاسم: يجوز في الوجهين، أعني: سواء كان في مَرَّةٍ أو مَرَّاتٍ.

وقال يحيى بن عمر وابن أبي زيد وغيرهما: لا يجوز فيها: بناءً على أنَّ العقد يتعدَّدُ بتعدد المعقود عليه أم لا؟ وكل أَوَّل "المدونة" على نحو قوله.

وفرَّقَ ابنُ الكاتِبِ فَمَنَعَ في الأول، وأجاز في الثاني، ورجَّحَهُ ابنُ يُونُس؛ لقول مالك فيمن اشترى حوائط، فأصابتها جائحةٌ: إنها إن كانت في صفقةٍ واحدةٍ اعتبر ثلث

الجميع، وإن كانت في صفقاتٍ اعتبر ثلث كل واحدٍ.

(ص): وبيعها على مقتضى البيوع للمعري وغيره قليلة أو كثيرة جائز

(ش) أي: إن ما تقدم من الشروط إنما هو في بيعها بخرصها، وأما بيعها بغير خرصها فهو جائز على مقتضى البيوع لرب الحائط وغيره، فيجوز شراؤها بالدنانير والدراهم وبطعامٍ يُخَالِفُهَا، إذا حصلت المناجزة في الطعام، وهكذا قال في "المدونة" وغيرها.

وفي "الإكمال": مشهور قول مالكٍ قصرُ جوازِ بَيْعِهَا مِنْ رَبِّهَا بخرصِهَا تَمْرًا إلى الجذَاذ، وذلك بعد صلاح العَرِيَّةِ.

ورُوي عَنْهُ: أَنَّهُ لا يَجُوزُ بخرصِها ويجوز بغيره.

وروي عنه: أنه يجوز بخرصها وبغيره وبالعروض وبالطعام، يريد: على الجذ.

وروي عنه: أنه لا يجوز شراؤها إلا بخرصها، ولا يجوز بغير ذلك من دنانير أو دراهم ، أو غير ذلك؛ لأنه من باب العود في الهبة، وبالخرص رخصة لا تتعدى.

قيل: واختلف قوله في ذلك على اختلاف الأصل في خبر الواحد على القياس، أو تقديمه عليه، وعلى أن الرخص لا يتعدى بها موضعها.

ثُمَّ قال: وَأَمَّا مشهور قوله: بأنه لا يجوز إلا بخرصها إلى الجذاذ. فلم ير تعدي الرخصة عن وجهها، وهذا أظهر، انتهى. فانظر مع ما في "المدونة".

(ص): وتبطل العرية بموت المعري قبل حوزها

(ش): لأَنَّهَا عطية كسائر العطايا، ولا خلاف فيه في المذهب.

(ص): وحوزها: أن يكون فيها ثمرة وأن يقبضها، وقال أشهب: بالإبار أو تسليم الرقبة

(ش): لما كان الحوز شرطًا في تمامها فسره، وذكر فيه، قولين:

الأول -لابن حبيب - قال: وحيازة العرية بوجهين: قبض الأصول، وأن يطلع فيها ثمر قبل موت المعري، وإن قبضها، ولم يطلع فيها ثمر حتى مات المعري بطلت، وإن طلع الثمر، ولم تقبض الشجر حتى مات المعري بطلت، قاله مالك، وهو مذهب "المدونة"، عن ابن القطان وفضل وجماعة.

ثم اختلف هؤلاء في وجه موافقتهما لقول ابن حبيب، فقال ابن القطان:

العرية والهبة والصدقة سواء، لا يتم حوزها إلا بالأمرين، وقال أبو جعفر بن رزق: إنما يوافقه في العرية، لا في الصدقة والهبة.

وذهب بعضهم إلى أن مذهب "المدونة" الاكتفاء بحوز الأصول وحدها، وإليه ذهب أبو عمران وابن مالك.

والقول الثاني: لأشهب: الاكتفاء بأحد أمرين: إما ظهور الثمرة بالإبار.

وإما حصول رقاب الثمرة بيد المعري دون رب الحائط. وهذا القول هو الصواب عند ابن يونس، وإن كان لم يصرح بتأويل "المدونة" على أحد التأويلين المتقدمين، واستدَلَّ بِمَا فِي كتاب الهبات، لابن القاسم: إذا وهبه " ما تلد أمته أو ثمر نخله عشرين سنة جاز ذلك إذا حَوَّزه الأصل، أو الأمة، أو حاز ذلك له أجنبي، فهذا يدل على خلاف ما قاله ابن حبيب؛ لأن ثمر عشرين سنة لم يأت بعد".

(ص): والزكاة على المعري كالسقي بخلاف الواهب، وقال أشهب: الزكاةُ على المعرى، كالموهوب إلا أن يعريه بعد الزهو، وعلى الأول إذا كانت العرية كل الحائط أخرج منه، وعلى الثاني من غيره، فإن كانت دون خمسة أوسق كملت

(ش): يعني: أن العرية والهبة إما أن يكونا بعد الزهو أو قبله، فإن كانا بعد الزهو فعلى المعري والواهب، وإليه أشار بقوله: (إلا أن يعريه بعد الزهو)، وإن كانا قبل الزهو، ففي المسألة أربعة أقوالٍ، ويقع في بعض النسخ، وهي: نسخة (ر) ما نصه: (وفي كون الزكاة **على** المعطي، أو على المعطى؟ ثالثها - لابن القاسم -: في العرية **على** المعري، وفي الهبة على الموهوب له، ورابعها - لسحنون -: على من كانت الأصول بيده)

ومنشأ الخلاف هل العرية والهبة يقتضيان عرفًا التزام الزكاة أم لا؟ ولفظ العرية يشعر بذلك، بخلاف الهبة.

وذكر ابن المواز أنهم لم يختلفوا في السقي أنه على رب الحائط.

(**وعلى** الأول)؛ أي: أنها على المعري لو كانت جميع الحائط للزم رب الحائط أن يخرج من غيرها، ويأخذها كلها المعري.

(فإن كانت دون خمسة أوسق كملت)؛ أي: ضمها رب الحائط إلى ما بيده.

وانظر: لو أعسر المعري، هل تُؤخذ من المُعري؟ ولها نظائر.

(ص): والثمار في ضمان البائع في الجوائح

(ش): لما في مسلم من حديث جابر: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ

بِوَضْعِ الجَوَائِحِ"(١).

وفيه أيضًا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَو بِعتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟"(٢).

والحديثان: وإن كان ظاهرهما إسقاط الجائحة مطلقًا، لكن من المعلوم أنَّ المشتري دخل على أنه لا بُدَّ من أن يرمي الهواء بعضه، وتأكل الطير منه ونحو ذلك، فقد دخل على اليسير. واليسير المحقق: ما دون الثلث، والثلث وإن كان في أكثر أبواب الفقه يسيرًا، فقد جعل هنا كثيرًا لهذا، ولأنه رُوي من حديث أبي طوالة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "إِذَا أُصِيبَ ثُلُثُ الثَّمَرَةِ فَصَاعِدًا فَقَدْ وَجَبَ عَلَى البَائِعِ الوَضِيعَةُ". وعن ربيعة: "أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمِرَ بِوَضْعِ الجَوَائِحِ إِذَا بَلَغَتْ ثُلُثَ التَّمْرِ فَصَاعِدًا"، لكن فيها ضعفٌ.

(والجوائح): جمعُ جائحةٍ، وهي: المصيبة المهلكة.

(ص) قال ابن القاسم: إذا كان إبقاؤُها لينتهي طيبُها، فلو انتهت كالعنب يَطيبُ والبُقول والقصيل، فلا جائحة كالتَّمر على النخل، وقال سَحنُونُ: فيه الجائحة

(ش): قسم المصنف وغيره المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الثمرة محتاجةً إلى إبقائها في أصولها؛ ليكمل طيبها، ولا خلاف في ثبوت الجائحة فيه، قاله ابن شاس. ونسبة الجائحة لابن القاسم وحده ليست بجيدة.

الثاني: أن يتناهى طيبها ولكن يحتاج إلى التأخير؛ لبقاء رطوبته كالعنب المشتري بعد بدو صلاحه، وحكى المصنف فيه، قولين.

الباجي: ومُقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم أنَّه لا يُراعى البقاء، لحفظ النضارة، وإنما يراعى تكامل الصلاح، قال: ويجب أن يُجرى هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه، كالقصيل والقضب والبُقول والقِرْطِ، فلا تُوضَعُ جَائِحَةٌ في شَيءٍ مِنْ ذلك، قال: ومقتضى رواية سحنون أن تُوضع الجائحةُ من جميعه.

الثالث: ما لا يحتاج إلى إبقائه في أصله؛ لتمام صلاحه، ولا لنضارته، كالتمر اليابس والزرع، فلا جائحة فيه اتِّفَاقًا، وإليه أَشَارَ بِقَوْلِهِ: (كالتَّمرِ على النخل)، إذ الكاف هُنَا للقياس وللاستدلال، وأما الأولى فهي في كلامه للتمثيل، وما حكاه عن سحنون

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٥٥٨).
(٢) انظر السابق.

حكاه غيره.

وحكى ابن يونس عن سحنون: إذا تناهى العنب المشترى، وآن قطافه حتى لا يتركه تاركه إلا لسوق يرجوه، أو لشغلٍ يعرض له، فلا جائحة فيه.

(ع): وهذا مُخالِفٌ لما حكاه المؤلف وغيره عنه، وأشار بعض الأندلسيين إلى إجراء هذين القولين في ما بيع قبل صلاحه أو بعده، على أن يجذه مشتريه، وهو ظاهر. انتهى.

وفي حمل كلامي سحنون على الخلاف بحث لا يخفى، ونصَّ في "المدونة" على أنَّه لو اشترى ثمرة على الجذاذ أنَّ فيها الجائحة إذا بلغت الثلث، كالثمار لا كالبقل.

وسأل ابن عبدوس سحنون، فقال: لم جعلتم فيه الجائحة، ولا سقي على البائع؟ فقال: لأنَّ معناه: أن المشتري يأخذ شيئًا بعد شيءٍ على قدر الحاجة، ولو دعاه البائع على أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك، بل يُمهَل في ذلك، وهو وجهُ الشَّاذ.

(ص) ويشترط أن يكون مُفردًا عن أصلِهِ في بيع محض بخلاف المهر، وقال ابن الماجشون: فيه الجائحة

(**ش**): أي: ويشترط في وضع الجائحة، شرطان:

الأول: أن يكون البيعُ على الثَّمرة، وأما إن اشتراها مع أصولها فلا جائحة فيها، اشتريت قبل بُدُوِّ الصلاح أو بعده، وأَمَّا المشتراة قبلُ فبالاتِّفاق، وأمَّا المشتراة بعده فهو المشهور.

وقال أصبغ: أَمَّا مَا عَظُم خَطَرُهُ مِنَ الثَّمَرَةِ، ففيه **الجائحة**، ونقضُ الثَّمن على الثَّمرة، وعلى الأصل؛ لأن المشتري زَادَ لَهَا فِي الثَّمَنِ.

واحتج في "المدونة" للأول بِأَنَّهُ تَبَعٌ، وإن أوجَبَهُ الاشتراط، فكان كمن ابتاع عبدًا، ثم استثنى ماله فهلك ماله، ثم رُدَّ العبد لعيبٍ أو استُحِقَّ، فإنه يرجع بجميع الثمن، ولا يحط لمال العبد منه شيء، وظاهر كلامه: أَنَّهُ لو اشترى الثمرة مفردةً عن أصلها أنَّ فيها الجائحة، وإن اشتراها مع غيرها، ولو كانت تبعًا، كمكتري دار فيها ثمر دون الثلث، وقد نَصَّ في "المدونة" على أَنَّهَا لا جائحة فيها؛ لكونها تبعًا للكراء.

واختُلف إذا كانت قد أزهت، فقيل: فيها الجائحةُ؛ لقوله في "المدونة": ولم تطب. وعلى هذا اختصر ابن يونس "المدونة".

وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنه قال: ومن اكترى أرضًا فيها سواد قدر الثلث، فأدنى فاشترطه جاز ذلك، ولا جائحة في ثمرته، فأطلق، وكلام اللخمي يأتي على الأول؛ لأنه

قال: وإن اكترى أرضًا فيها ثمرةً فاشترطها، فإن كانت لم تَطِبْ، وَهِي الثُّلث فأقلَّ، فلا جائحة فيها إن سقطت، وإن سَلِمت فأكلها ثم انهدمت الدَّار غرم ما يَنُوبُها، وإن كانت الثمرةُ قَدْ طابت فاستثناها، وهي الثلث فأكثر، كانت فيها الجائحة، وإن أصيب ثُلُثها رجع بما ينوبه.

واختُلف إذا كان جميع الثمرة أقل من الثلث، فأصيبت جميعها أو الثلث فأكثر، فقيل: فيها الجائحة، كالأول: وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنها تبعٌ، والأول أحسن؛ لأنها مشتراة، وليست ملغاة.

ابن يونس: جعل في الدار التبع دون الثلث، وهو لمالك، وجعل في الأرض التبع الثلث، وهو لابن القاسم، وهو أصلٌ اختلف فيه قول مالك في كراء الأرض. قال بعد ذلك: وأخذ ابن القاسم بالقول: إنَّه الثلث فأدنى. وأخذ ابن حبيب وابن المواز بِمَا دُونَ الثُّلثِ.

الشرط الثاني: أن تكون الثَّمرةُ المفردةُ في بَيْعٍ مَحْضٍ، فلا ترجِعُ الزوجة على زوجها، إذا أصدقها ثمرة وأجيحت؛ لأنه مبني على المكارمة.

واختار ابن يونس وغيره قول ابن الماجشون؛ لأنا نمنع بيع المهر إذا كان طعامًا قبل قبضه، وَيُرَدُّ بِعَيبٍ إلى غيرِ ذلك من أحكام البيوع.

(ر): ويُشكِلُ قول ابن القاسم بإيجابه الجائحة في العرية مع أنها ليست بيعًا محضًا.

(ص): قال ابن القاسم: الجائحة: ما لا يُستَطاعُ دفعُه لَو عُلم به، فالسَّرقةُ ليست بجائحة، وفيها: لو أن سارقًا سرقها فجائحة. ابن الماجشون: الجائحة: الآفة السَّماويةُ دُونَ فعل الآدمي، وفيها: الجيش جائحة

(ش): (ما لا يستطاع دفعه)؛ أي: عادةً، فيدخل فيه الجيش، إذ لا يُستطاع دَفعُه، خلاف السَّارق؛ لأنه لو عُلِمَ بِهِ لَدُفِعَ، فإنه إنَّمَا يأخذه على وجه الخفية، والعلمُ به مانعٌ له من السرقة. وتبع المصنف هنا الباجي في نسبة هذا القول لابن القاسم، قال: وهو في "الموازية".

ونقل ابن أبي زيد عن ابن القاسم في "الموازية": أن السارق جائحة.

واستشكل؛ لأن السارق لو كان جائحة؛ لكان حفظ الثمرة على بائعها، كما يكون عليه سقيها.

وعلى القول الأول في كلام المصنف الأكثر، واشار (ع) إلى أنه المشهور، وعلى

أن السارق جائحة فالجيش أولى، ولذلك كان الأحسن بطريقة المؤلف في الاختصار أن لا يقول: (وفيها: الجيش جائحة).

وعلى قول ابن الماجشون لا يكون السارق جائحةً، ولا الجيش جائحةً.

قال الشيخان وغيرُ واحدٍ، وإنَّما يكون السَّارقُ عند ابن القاسم جائحةً إذا لم يُعرف، وأمَّا إن عُرِفَ فيتبعه المُشتري مَليًّا أو مُعدِمًا.

فرع:

فإن لم تهلك الثَّمرةُ، بل تَعَيَّبَتْ، كالغبار يعيبها، والريح يسقطها، قبل أن يتناهى طيبُها، فينقصُ قيمتها، ففي "البيان": المشهور بأنَّ ذلك جائحة، ينظر إلى ما نقص هل الثلث أم لا؟ وقال ابن شعبان - وهو أحد قولي ابن الماجشون -: ليس ذلك جائحة، وإنما هو عيب، والمبتاع بالخيار بين أن يتمسَّك، أو يرد.

(ص): **فإن كانت من العطشِ وُضِعَتْ كلُّها**

(ش): هذا؛ لأن السقي على البائع، فأشبهت ما فيه حق توفيةٍ، وكذلك لو كان بقلا، قال في "المدونة": لأنه باعها على حياتها من الماء.

(ع): وظاهر، قوله: (وُضعت كلها)، ولو كان ما نقص لا خطب له. وهو ظاهر "المدونة" في كتاب الجوائح؛ لأنه قال: يُوضع عنه قليلُ ما هلك بسببه وكثيرُه. لكن لابن القاسم في كتاب الشُّفعةِ ما يُوهم خلاف ذلك؛ لأنَّه قال: ولا بأس بشراءِ شِربِ يومٍ أو يومين، أو شهرٍ أو شهرين، يسقي به زرعه في أرضه، دون شراء أصل العين. مالك: فإن غار الماءُ فنفَدَ أو نقص بقدر ثُلُثِ الشرب الذي ابتاع، وُضع عنه كجوائح الثمار. ابن القاسم: وأنا أرى أنَّه مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء، فَيُوضَعُ عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بيّن، وإن كان أقل من الثلث، إلا ما قل مِمَّا لا خطب له، فلا يُوضع لذلك شيء، فانظر قوله: إلا ما قلَّ مما لا خطب له، هل هو مقصورٌ على المشبه وحده؟ أو عليه وعلى المشبه به؟، انتهى كلام (ع).

وجعل (ر) هذا فرعًا آخر، وذلك أنَّه لما ذكر أنَّ جائحة العطش توضع مطلقًا، قال: تنبيه: إن كان الماء نفسه مشترى أو اشترى منه شربًا معلومًا، ففي "المدونة": لا بأس بشراء شرب يوم. ثم ذكر الكلام السابق.

(ص): **ومن غيره وضع الثلث فما فوقه**

ش: أي: ومن غير العطش، وتصوره ظاهر، ثم إن وافقه المشتري على أن التآلف الثلث، فلا إشكال، وإلا فلا بد من إثبات المبتاع ذلك، ويتصور ذلك بأن يحضر عدلان

في وقت الشراء بحضرة المتبايعين، ثم ينظران بعد الجائحة، ويشهدان أنَّ ما تلف الثلث فأكثر.

(ص): **وفي البقول ثالثها كالتمر**

(ش): هي روايات، والمشهور أنه تُوضع جائحة البقل وإن قلت؛ لأن غالبها من العطش، وروى علي بن زياد وابن أشرس عن مالك: أن جائحتها لا توضع حتى تبلغ الثلث. وفي الجلاب: لا جائحة فيها، قلت أو كثرت.

واختلف في الأصول المغيبة، مثل: الجزر واللفت والبصل، هل هي كالبقول أم لا؟ ومذهب "المدونة" أنها كالبقول.

وألحق ابن القاسم وابن المواز وابن حبيب الموز والمقاثي بالثمار، وألحق أشهب المقاثي بالبقول، فيوضع القليل والكثير.

اللخمي: ولا خلاف أن الجوائح توضع في المقاثي.

(ر): وروي عن مالك أن جائحة الموز توضع أيضًا مطلقًا.

وألحقوا الزعفران والريحان والقرط والقضب بالبقول.

وفي قصب السكر ثلاثةُ أقوالٍ: كالبقول، ومذهب "المدونة" فيه عدم القيام بالجائحة، وعلَّله فيها: بأنَّه إنما يُبَاعُ بَعْدَ أن يَطِيب.

واختُلف في ورق التُّوت هل هو كالثمار؟ وقال ابن القاسم في "العتبية": هو كالبقول، وهذا إذا كانت الآفة فيه.

وأما إن كانت الآفة من غيره، كما لو مات دُودُ الحرير، فقال ابنُ يُونُس: الأشبه إنَّه جائحة، وشبَّهه بمن اكترى حَمَّامًا أو فندقًا، فخلى ذلك البلد، ولم يجد من يسكنه، فقد قال المتقدمون: له أن ينحلَّ عن الكراء.

ابن يونس: وكذلك عندي من اشترى ثمرةً في بلد، ثم انجلى أهله لفتنةٍ أو نحوها، فإنَّ مصيبة ذلك من البائع؛ لأن المشتري إنما اشترى لمن يبيعه منه.

(ص): **ويعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة مطلقًا عند ابن القاسم، فيحط من الثمن قدر قيمته من قيمة باقيه، كانت أقل من الثلث أو أكثر، وقال أشهب: المعتبرُ ثلثُ القيمة، فإن كان يحبس أوَّله على آخره كالعنب والرطب فبالمكيلة باتفاق**

(ش): لما كانت الجائحة إِنَّمَا تُوضَعُ بِشَرْطِ أَنْ تَبلغَ الثُّلثَ بَيَّنَهُ، وقَسَّمَهُ قِسْمَيْن: قسم لا يحبس أوله على آخره، وقسمٌ يحبس أوله على آخره، وذكر في القسم الأول، قولين:

الأول: لابن القاسم: اعتبار ثُلُثِ المكيلة لا ثُلُثَ القيمة؛ لأن الجائحة في الثمرة إنما هي في نقص الثمرة، لا في نقص ثمنها؛ لأن الثمرة لو رخصت من غير جائحة لم يكن للمشتري قيام، فلو كان ثلث المكيلة يُساوي عشر الثمن وضع، ولو كان دُون ثلث المكيلة وهو يُساوي: تسعة أعشار الثمن لم يُوضَع.

كما قال في "المدونة" فيمن اشترى مقثاةً بمائة درهم، فأُجِيحَ منها بطنٌ، ثُمَّ جَنَى بطنين فانقطعت، فإن كان المجاح مِمَّا لـم يجح قدر ثلث النبات قُوِّمَ في زمانه، فإن قيل: قيمته: ثلاثون، لغلاء أوَّلِهِ، والبطن الثَّانِي: عشرون، والثالث: عشرة، لرخص آخره رجع بنصف الثمن.

إلا أنهم اختلفوا في وقت تقويمه على قول ابن القاسم، فقال سحنون وابن أبي زمنين وغيرهما: يقوَّم يوم البيع بقدر قيمة كل بطن في زمانه، لا يوم نزول الجائحة، وقال آخرون: يُقَوَّمُ التالف يوم الجائحة.

ثم اختلف هؤلاء هل يستعجل التقويم فِيمَا بَقِيَ مِنَ البُطُونِ الآن عَلَى مَا جَرَى من عُرف عَادتها؟ أم يُستأنى حتى تُجْنَى جميع بطونها؟ فتقوم على يقين لا على تخمين، واختاره صاحب " النكت".

وقوله: (مطلقا)، يُحتمل: كأن يطعم بطنًا أو بطونًا، كالمقاثي والورد والياسمين، ويحتمل: بلغ ثلث القيمة أم لا.

القول الثاني - لأشهب -: المعتبر ثلث القيمة، وإن كان عشر المكيلة.

ثم ذكر القسم الثاني: أنَّ المعتبر فيه ثُلثُ المكيلة؛ لأنه إذا كان يحبسُ أوَّلُ الثَّمرةِ على آخرها، فأجزاؤها مُتساويةٌ، فلا وجه لاعتبار القيمة. وحكى جماعةٌ أيضًا هذا الاتفاق، لكنَّهُ يُقيِّدُ: بأن يكون صنفًا واحدًا، ولو كان أصنافًا كالبرني والجُعرُورِي والصَّيحانِيِّ لَجَرى على الخلاف.

(ص): فإن كانت أجناسًا في عقد، فقيل: يُعتبرُ كلُّ جنسٍ على حِدةٍ، وقيلَ: يُعتبرُ الجميعُ، وقال ابن القاسم: يُعتبر نصابُ الجنس بالمكيلة ويُنْسَبُ إلى الجميع بالقيمة، فإن فَقَدَ أحدُهما فلا جائحة

(ش): يعني: فإن اشتملت الصفقة على أصنافٍ، كتمرٍ وتينٍ وعنبٍ، وأُجيح جنسٌ منها، فقال مالك - في رواية ابن حبيب - : كل جنس منها يعتبر على حدة بما ينوبه من الثمن، بناءً على أن العقد يتعدَّدُ بِتَعَدُّدِ المعقود عليه، فكأنَّهُ عقد على كل جنسٍ عقدًا منفردًا.

والقول الثاني: أنَّ المعتبر ثلث الجميع، فإن بلغ ما أُجيح ثلث الثمن، فأكثر وضع من غير اعتبار الثلث، بقدر الجائحة من الثمرة، هكذا ذكر صاحب " البيان " هذا القول، وعزاه الأشهب، وهو مبني على أنَّ العقد لا يَتَعَدَّدُ بتعدُّد المعقود عليه.

وقال ابن القاسم: إنَّ المجاح من الجنس إنَّما يُوضع بشرطين:

أحدهما: أن تكون قيمة ذلك الجنس الثلث بالنسبة إلى قيمة جميع الأجناس.

الثاني: أن يكون ما أصيب منه ثلث مكيلته.

فإن فقد أحدهما فلا توضع. ونسبه المصنف لابن القاسم كالباجي، ونسبه ابن يونس لابن المواز، قال عنه، وهو كقول ابن القاسم فيمن اكترى دارًا وفيها ثمرةٌ قد طابت فاشترطها المكتري، وهو أكثر من الثلث، فذلك جائزٌ، فإن أصيب منها أقل من ثلث الثمرة، أو كانت الثمرة كلها أقل من الثلث، فلا جائحة فيها. ومقتضاه: أنه لا نَصَّ لابن القاسم في عين المسألة، وقد ذَكَرَ ابن يونس أَنَّهُ طالع الأمهات في هذه المسألة وعول عليه.

والضمير في (ينسب) عائدٌ على الجنس، لا على المصاب فيه، قال في "البيان": وأما إن اشترى حوائط في صفقةٍ واحدةٍ فحكمها في الجائحة حكم الحائط الواحد، إن بلغت الجائحة ثلث ثمرة الجميع وُضع عن المبتاع ثلث الثمن، كان الذي أُجيح بعضُ حائطٍ، أو حائطًا وبعض حائط، أو من كل حائط، هذا إن كان الثمر من صنفٍ واحدٍ مُتَسَاوِيًا في الطيب، أو قريبًا بعضه من بعض.

واختلف إذا كان بعضه أفضل وأطيب على ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: أَنَّهُ لا قيمة في ذلك، وَإِنَّمَا يُعتبر ثُلث الثَّمن، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: إن بلغ المجاح ثُلث الثَّمن أو أكثر وضع عن المُشتري ما ينوب ذلكَ من الثَّمن، وإن أجيح أقلُّ من الثلث لم يُوضع عنه شَيء، وإن كان ذلك من الثمن أكثر من الثلث، وهو قول أصبغ.

والثالث: إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعدًا وضع، وإن كان عُشر الثَّمرة، وإن كان قيمة الذي أُجيح أقل من الثُّلث لم يُوضع، وإن كان تسعة أعشار الثَّمرة، وهو قول أشهب.

(ص): ويلزمُ المُشتري ما بقيَ وإن قَلَّ بخلاف ما استُحِقَّ من الطَّعَام لِدُخُولِهِ عليها

(ش): يعني: إذا بقي بعد الجائحة شيءٌ يلزم المشتري بما ينوبه من الثمن، ولو قَلَّ، بِخِلافِ ما إذا استحق بعضُ المبتاع على ما تقدم، وفرَّق المصنف بينهما بأن

الجوائح متكررةٌ، والمشتري قد دَخَلَ عليها فلزمه ما بقي؛ لدخوله عليها، بخلاف الاستحقاق، فإنه لندوره لم يدخل عليه.

(ص): **ومن اشترى عريته، ففيها الجائحة، خلافًا لأشهب**

(ش): هذا أحسن مِمَّا في بعض النسخ: (عرية)، بغير إضافة، فإنَّ الخلاف إنما هو إذا اشتراها المُعري أو من يتنزل منزلته، فوجه المشهور: أَنَّهُ مُشتَرى، ووجه قول أشهب: إنها معروفٌ، وأطلق الخلاف، وهو مقيَّدٌ بوجهين:

أولهما: أن يكون اشتراها بخرصها؛ إذ لو اشتراها بغيره لكانت كسائر البيوع.

ثانيهما: أن يكون أعراه ثمر نخل معينة، ذكره الباجي، إذ لو كان أوسقًا من حائطٍ، لَمْ يَبْقَ إلا مقدار تلك الأوسق، لَزِمَ المبتاع أداؤُها بِمَنْزِلَةِ مَنْ أوصى بثمرةِ حائطه لإنسانٍ ولآخر منه بخمسة أوسقٍ، فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق، فإن جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة، قاله في "المبسوط".

(ص): **ومن استثنى من الثَّمرة كيلا معلومًا، فأُجِيحَت بما يُعتبرُ، وُضِعَ مِن المُستَثنى بقدره، وقيل: لا يُوضعُ شيءٌ**

(ش)، قوله: (كيلا معلومًا)؛ أي: الثُّلثُ، فأدنى كَمَا تَقَدَّم، ومثالُه: لو استثنى عشرة أرادت من ثلاثين، فأجيح ثُلثُ الثَّمرةِ فلا خلاف أنَّه يُحَطُّ عن المشتري مُقابلَ المجاح من الثمن، واختلف هل يحط ثُلثُ العشرة؟

في ذلك روايتان:

الأولى: أنَّهُ يحط.

قال في "البيان": وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك، وبها قال ابن القاسم وأصبغ، وهذا على القول بأن المستثنى بمنزلة مشتري؛ لأنه إذا باع حائطه واستثنى منه عشرة أرادب، فكأنه - في التمثيل على هذا القول - قد باع جميع الثمرة، وفيها ثلاثون إردبًا بعشرة دنانير وبعشرة أرادب التي استثنى، فإن أُجيح من ثمر الحائط نصفه سقط عن المشتري نصفُ الثمن، وهو نصفُ العشرة دنانير ونصف العشرة الأرادب المستثناة؛ لأنها من ثمن الحائط، وكذلك على هذا القياس.

الثانية - رواية ابن وهبٍ -: لا يُوضع من العشرة الأرادت شيءٌ، قال في "البيان": وهي على أن المستثنى مُبقى؛ لأنه على هذا القول إِنَّمَا بَاعَ من حائطه ما بقي بعدما استثنى؛ لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه لم يبعه.

وقوله: (فأجيحت بما يعتبر)، احترز به مِمَّا دُونَ الثُّلث، إذ لا يُوضع حينئذٍ من

المستثنى بقدره، ويأخذ البائع جميع ما استثنى.

(ص): **وإذا اشترى الثمرة مع الأصل فلا جائحة**

(ش): هذا ظاهر وهو مفهوم مِمَّا تقدم من قوله: (ويشترط أن يكون مفردًا عن أصله)، ولعله أعاده ليرتب عليه ما بعده.

(ص): **ولو اشترى الثمرة بعد بدو صلاحها ثم الأصل، ففيها الجائحة**

(ش): أي: لوجوبها قبل شراء الأصول، ويمكن أن يخرج فيها قول بسقوطها من أحد القولين: في أن اللاحقات للعقود واقعةً فيها، أما لو اشتراها أولا قبل بدو الصلاح على القطع ثُم اشترى الأصول فله إبقاؤها ولا جائحة.

ابن يونس: وتحصيل المسألة: أَنَّه إن اشترى الأصول بالثمرة، وهي مزهيةٌ أو غَيرُ مزهيةٍ، تبعٌ أو غير تبعٍ، فلا جائحة في الثمرة، وإن اشتريت بعضها بعد بعض، وهي غير مزهيةٍ، فكلذلك أيضًا لا جائحة فيها، وإن كانت مزهية فاشتراها بعد الأصول، فقولان:

(ص): **وإن اشترى الأصل ثم الثمرة بعد بدو صلاحها، فقولان**

(ش): هذه عكس التي قبلها، وهي: أن يشتري الأصل أولا ثم الثمرة، فإن اشتراها بعد بدو صلاحها، (ر): فاختلف أولا في جواز اشترائها على قولين: وإذا فَرَّعْنَا على الجواز فلا جائحة فيها. انتهى.

وعن هذه الصورة احترز المصنف بقوله: (**بعد بدو صلاحها**)، وهذه المسألة تتصور فيها، إذا استثنى البائع الثمرة قبل زهوها.

(خ): وهو يأتي على المشهور أن المستثنى مبقى، وأمَّا على القول بأنه مشترى فلا يجوز للبائع الاستثناء.

والقولان اللذان حكاهما المصنف إذا اشتراها بعد بدو الصلاح لابن القاسم.

ومذهب "المدونة": سقوط الجائحة كَمَا لَو اشتراها مع الأصل بعد بدو الصلاح، والقول بثبوتها لابن القاسم في "الأسدية" و"الموازية".

ابن يونس: لأنه يقول: السقي على البائع، فحق التوفية باقٍ عليه.

(ص): **وإذا اختلف المتبايعان في جنس الثمن تحالفا وتفاسخا اتفاقًا**

(ش): يدخل تحت لفظ (المتبايعين) كل متبايعين بنقدٍ أو بنسيئةٍ، سلمًا أو غيره، والأصل فيه ما رواه مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "أَيُّمَا بَايِعَيْنِ تَبَايَعَا فَالقَولُ مَا قَالَ البَائِعُ أَو يَتَرادَّانِ".

وذكر أبو عمران: أنه مشهور أصل عند جماعة العلماء تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيرًا من الفروع، وقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرةً يستغنى بها عن الإسناد كما اشتهر حديث: "لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ"[(١)].

وليس في الحديث ذكرُ التَّحالف، إلا أنَّ أهل العلم تأوَّلوه على ذلك، وحكى المصنف وغيره الاتِّفَاقِ على التَّحالُف والتَّفَاسُخ، يعني: أنه ليس قول أحدهما أولى من قول الآخر، ولم يُقر البائع بإخراج سلعته بما قال المُشتري جملةً ولا تفصيلا.

بعض الشيوخ: وحكى ابن حبيب وغيره عن ابن القاسم في الكراء: أنَّ القول قول الساكن إن أشبه. فيُخرَّج عليه قولٌ في البيع، أن يكون القولُ قولَ المشتري مع الفوات.

وخرَّج عبد الحميد قولا بأن يكون القولُ للبائع مِمَّا في "المدونة" فيمن صبغ ثوبًا أسود، فادَّعَى رَبُّه أَنَّهُ عقدَ معه على أن يصبغه أحمر: أنَّ القول قول الصَّباغِ، مَعَ أَنَّ اختلافهما في الجنس؛ لأن الصباغ يدعي أَنَّه باعه نيلا، ورب الثوب يدعي أَنَّه اشترى عصفرًا.

وفرق المازري بأن صاحب الثوب لما دفع ثوبه إليه فكأنه ائتمنه عليه، وبأنَّ صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعديًا يُوجبُ عليه تعمير ذمته بقيمة الثوب.

والأصل عدمه.

(ص): وفي نوعه كذلك، وقيل: كمقدرا الثمن

(ش): أي: وإن اختلفا في نوع الثمن، كقول البائع: بِعتُكَ بقمحٍ، وقال الآخر: بشعيرٍ.

فالمشهور أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَان وَيَتَفاسَخَانِ، قَالَ في "الجواهر": وقيل: يَجْرِي مجرى الاختلاف في قدر الثمن، وهذا هو القول الثاني في كلام المصنف.

اللخمي: وذهب ابن الماجشون إلى أنهما لا يتحالفان، قال: لأنهما اتفقا على جنسٍ واحدٍ، واختلفا في جودته.

(ع): ويحتمل أن يريد المصنف ما لو ادَّعَى أحدهما سمراء، والآخر محمولة، فقال ابن حبيب: هو كما لو ادَّعى أحدهما جيدًا، والآخر رديئًا، وَكَمَا لَو اختلفا في القَدْر.

وذهب فَضْلُ بن سَلَمَةَ إلى التحالف والتفاسخ، فحمله بعضهم على أنهما عنده كالجنسين، وبعضهم على أنهما كالجنس الواحد، إلا أَنَّهُ على القول بالتحالف

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٧١٤) من حديث أنس بن مالك.

والتفاسخ مطلقًا، ولو كان السلم أو البيع النَّقد بالخيل، فقال أحدهما: العقد على ذُكران، وقال الآخر: بل على الإناث.

فَرَدَّهُ المازريُّ للاختلاف في الجنس، لتباين الأغراضِ؛ لأن الإناث تُرادُ للنَّسل، قال: بخلاف ما لو كان الاختلاف في ذكران البِغَالِ وإناثِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ راجعٌ إلى الخلاف في الصفة؛ لأن إناث البغال لا تُرادُ للنَّسلِ.

(ص): وإذا اختلفا في مقدار الثمن فأربع ابن وهب: يتحالفان ويتفاسخان ما لم يقبض المشتري السلعة، فيصدق مع يمينه لليد، ابن وهب أيضًا: ما لم يبن بها للبينونة. "المدونة": ما لم تَفُت في يدِ المُشترِي للفوات، أشهبُ: مطلقًا فإن فاتت فالقيمةُ، واختاره المازري

(ش): أي: فأربع روايات، ولذلك أسقط التَّاء، وتَصَوُّر الأولى واضحٌ، وتَبِعَ المُصَنِّفُ في نسبتها لمالك بن شاسٍ، (ع): وقد حكاها غير واحد، وهو خلاف ما ذكره ابن أبي زيد والباجي وسندٌ عن ابن المواز أنَّ مالكًا لم يختلف قوله قبل التفرق: أنهما يتفاسخان وَيَتَرَادَّان.

وقوله: (فيصدق مع يمينه)، قال في الرواية: إلا أن يَدَّعِي ما لا يُشبِه.

وكذلك تَصَوُّرُ الثانية ظاهرٌ.

وارتفع (ابن وهب) إما بفعل مضمر، أي: وروى ابن وهب، أو على حذف مضاف على أنه خبر المبتدأ محذوف، أي: الثانية: رواية ابن وهب، وما في "المدونة" المشهور. وسيأتي تفسير الفوات.

زاد في "المدونة": إذا أتى المشتري بما يُشبِهُ من الثمن، قال في تضمين الصناع منها: وَثَبَتَ مالك على هذا. زاد في "الواضحة"، وما علمت أن أحدًا اختلف قوله فيه من أصحابه المدنيين والمصريين.

والرواية الرابعة - المازري: وبها كان يفتي شيخنا، وأُفتي أنا - وهو معنى قوله: (واختاره المازري)؛ أي: لعموم الحديث في قوله: "يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ".

ابنُ بشير: وَحَكَى بعضُهم عن كتاب ابن حبيب قولا خامسًا: أنَّ القَولَ قَولُ المشتري. ولم يوجد فيه.

وتقييده في "المدونة" الفوات بيد المشتري مفهومة: أنها لو فاتت في يد البائع لم يكن القول قوله.

ووقع لابن القصار ما يقتضي أنَّ القول قول المشتري، فإنه سَوَّى بين فواتها بيده

أو بيد البائع في أنَّ ضمانها منه.

وللقاضي إسماعيل ما يقتضي أنَّهما يتحالفان.

المازري: وخرَّج الأصحابُ ما إذا فاتت بِيَدِ البائع على اختلاف قول مالك في المحبوسة بالثمن، فإن قلنا: ضمانها من البائع لا يكون القول قول المشتري، إذ لا غرامة عليه، وإن قلنا: ضمانها من المشتري رجح، قوله: كما لو كانت في يده.

قال: ويعرض هُنَا بحثٌ آخر، وهو: أن المُشتري الذي صار راهنًا لا يُصدَّقُ في مبلغ الدَّين إذا ادَّعى أقل من قيمة الرهن، والمرتهن لا يعمر ذمة الراهن بما لم يقر أنه رهن به، وإنما له حبس السلعة، والرهن شاهد على نفسه، لا على الذمة على مشهور المذهب، فإذا كان المبيع جارية، وحدث بها في أيام احتباسها عور، وهو ربع قيمتها، صار هذا الربع قد فات في يد المشترى، فيصدق في مقدار ثمنها، كما يصدق في ثمن سلعة فات جميعها في يده، ويتحالفان في ثلاثة أرباع الجارية التي بقيت منها، ويقع فيها التفاسخ فيحلف المشتري، لينفي عن ذمته ما يطلب البائع منه، ويحلف البائع؛ لئلا يُؤخذ من يده الرهن بما لم يقر به، مِمَّا هو مصدق في كون الرهن ليس برهن فيما هو أقل منه.

وإلى تصديق المشتري في ثمن ما فات والتحالف فيما لم يفت ذهب ابن عبدوسٍ، وَيَدُلُّ على اعتباره ما رواه ابن ماجة من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول: "إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة، والمبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع، أو يترادان البيع"، ومفهومه: لو لم يكن قائمًا لم يترادا، فيكفي التحالف.

(ص): **ويعتبر الأشبه عند الفوات اتفاقًا، ولا يعتبر وهي قائمةٌ على المشهور، وفي الفوات بحوالة الأسواق قولان**

(ش): أي: إذا ادَّعى أحدهما ما يقربُ من الصدق، وادَّعى الآخر ما لا يُشبه، فإن كانت السلعة فاتت، فالقول قول من ادعى الأشبه اتفاقًا؛ لأنه أتى بشاهد العرف على بطلان دعوى صاحبه، فيحلف معه كما لو قام له شاهدٌ واحدٌ.

فإن كانت قائمةً فهل يترجح مدعي الأشبه كالفوات؟ وهو قول مطرف وابن الماجشون، وصوبه الأشياخ، أو لا لقيام السلعة، وهو المشهور، والقولان لمالك.

ابن بشير: وهذا ينبغي أن يكون خلافًا في حال، فإن ادَّعى أحدهما الأشبه وادَّعى الآخر ما لا يشبه، فينبغي أن لا يُختلف أن القول قول من ادَّعى الأشبه، وإن ادَّعى

الآخر ما هو مُمكنٌ، ويُتغابنُ الناس بمثله، فلا يلتفت إلى الأشبه.

وحيثُ قُلنا: إنَّ القول قول مُدَّعي الأشبه عند الفوات، فالفوات يكون بذهاب العين أو بتغير الذات، وهل يكون بحوالة الأسواق؟ - وهو مذهب "المدونة" - حتى في المكيل والموزون، أو لا؟ وهو قول أشهب وعبد الملك.

والأقرب مذهب "المدونة"؛ لأن سكوت البائع على طلب الثمن وعن بيان مقداره حتى يتغير سوقها دليلٌ على كذبه.

(ص): **وفي البداية باليمين ثالثها: بالقرعة، والمشهور: تقدمة البائع**

(**ش**): تصور كلامه ظاهر، فوجه المشهور - وهو قوله في "المدونة" -: قوله صلى الله عليه وسلم: "القَوْلُ مَا قَالَهُ البَائِعُ"، ولأنَّ الأصلُ استصحاب مِلكِه، والمشتري مُدَّعٍ عليه إخراجه بغيرِ مَا رَضِي بِهِ.

والقول الثاني: رواه يحيى عن ابن القاسم في "العتبية" ووجهه: أن البائع مُقرٌّ بالبيع ونقل الملك للمشتري، ومدع لزيادة الأصل عدمُها.

والثالث - (ع): للأشياخ ولبعضهم -: أنَّ الحاكم مُخَيَّرٌ في تَعْيِينِ المُبَدَّأ منهما.

فإن قلت: فهل قوله في "المدونة" في تضمين الصناع، إذا جهل ورثة البائع والمشتري الثمن يبدأ بورثة المشتري، مُخَالفٌ للمشهور؟

فالجواب: لا؛ لأن الجهل عندهم يتنزل منزلة الفوات، قال في "البيان": ولو اتفق المتبايعان على مقدار الثمن، واختلفا في مقدار المثمون يبدأ بالمشتري؛ لأنه بائع الثمن، ومثله في "العتبية" وحكى عن شيوخه خلاف هذا.

(ص): **وفي كونه أولى أو واجبًا قولان**

(**ش**): أي: وفي كون تقديم البائع على جهة الأولوية أو الوجوب، قولان: والأقرب الوجوب؛ لأنَّ الحاكم يحكم بتقدمة البائع، ولا يحكم بالمندوبات.

وهذان القولان ذكرهما ابن بشير وابن شاس، وَلَمْ أقف عليهما، ولعلهما أخذا القولين من الخلاف المذكور في تناكلهما.

(ص) **فلو تَنَاكَلا، فقال ابن القاسم: يفسخ كما إذا تحالفا، وقال ابن حبيب بما قال البائع بناءً على أن تقديمه أولى أو واجب**

(ش) أي: إذا نكل كل واحدٍ منهما عن اليمين، فقال ابن القاسم في "الموازية": ينقض البيع كما يُنْقَضُ إذا تحالفا، لاستوائهما.

وذكره في "المدونة"، عن شُريح، قاضي علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

وقال ابن حبيب: يمضي البيع بِمَا ادَّعَاه البائع، ابن يونس: ووجهه: أن البائع أقوى؛ لأنه المبدأ باليمين، والأصل في كلِّ مَنْ كَانَ القَولُ قَولُهُ: فنكل عن اليمين أن يحلف الآخر، ويكون الأمر على ما قال، فإن نكل كان الأمر على ما قاله الأول. انتهى.

وَفُرِّقَ بأنَّ يمين المدَّعِي عليه تُسقطُ دعوى المدعي، ونُكوله عنها يُوجب يمين المدعي، فإذا نكل المدعي تَرَجَّحَ قول المدعى عليه، ولا يحتاج إلى يمين؛ لأنه قد نكل عنها أوَّلا، بخلاف يمين البائع، فَإِنَّهَا لا تسقط دعوى المشتري، بل يبقى مطلوبًا باليمين، مثلما كان البائع مطلوبًا، فلا يلزم من نكوله - بعد نكول البائع - أن تترجح دعوى البائع عليه.

وذكر عبدُ الوهاب قولا آخر: أن القول إذا تناكلا قول المشتري، بناءً على أَنَّهُ المتقدم في اليمين.

وبنى المصنف تبعًا لابن بشيرٍ وابن شاسٍ قول ابن القاسم على أن تقديم البائع أولى.

وقول ابن حبيب على أنه واجب، فيه نظر، فإنا نمنع استلزام الوجوب، لقبول قول البائع، ونمنع استلزام الأولوية؛ للفسخ.

(ص): **ففي تحليفه على دعواه، قولان:**

(ش): هذا تفريعٌ على قول ابن حبيب، أي: إذا قلنا: إنَّ البيع يمضي بما قاله البائع، فقال أكثر الشيوخ: يُقضى للبائعِ بغير يمينٍ، وهو مقتضى إلحاقه بسائر الدعاوى كما تقدم.

وقال الباجي: لا بُدَّ من اليمين؛ لأن اليمين الأولى لا يستحق بها ما ادَّعاه؛ لأن للمبتاع إسقاطها بيمين، فلما نكل عنها، ثم نكل المشتري لم يكن بُدٌّ من يمين أخرى، قال في "البيان": وهو الصواب.

(ص): **وإذا اختلفا إلى الفسخ، خلافًا لسحنون**

(ش): قال في "المدونة": بل بنفس التحالف ينفسخ العقد، كاللعان.

وذكر بعضهم ثالثًا: وهو بقاء العقد بينهما، إلا أن يفسخاه بتراضيهما.

(ع): ولا ينبغي أن يُعدَّ ثالثًا، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإذا تراضيا فهو كحكم الحاكم، أو أشد، وهو ظاهر من كتاب الإجارات.

وقيل: إن كان تحالفهما بأمر الحاكم لم ينفسخ البيع حتى يفسخه الحاكم، وإن كان بتراضيهما وقع الفسخ بمجرد أيمانهما.

وقيل: بعكس هذه التفرقة.

ورفع عبد الحميد الخلاف بين الأولين فحمل الأول على أن يمينهما كانت، لنفي الريبة عن أنفسهما وصدقهما في دعواهما، والثاني على أن يمينها كانت لينفسخ البيع بينهما.

(ص): **وثمرته أن يرضا أحدهما بقول الآخر**

(ش): أي: وثمرة الخلاف، وتصوره ظاهر، وذكر الباجي ثالثًا: أن للمبتاع أن يلزم البائع بما قال دون العكس، وحمل "المدونة" عليه، لقوله فيها: إلا أن يشاء المبتاع.

(ص): **وينفسخ ظاهرا وباطنًا على الأصح**

(ش): أي: إذا قلنا بالفسخ بالحكم، أو بالتحالف، فاختلف هل ينفسخ العقد في الظاهر والباطن؟ ويأثم الظالم منهما، أو في الظاهر خاصة؟ وهو في نفس الأمر منعقد، على ما ادَّعاه المستحق.

وما صححه المصنف - ذكر سَنَدٌ -: أَنَّهُ ظاهر المذهب، ورُجِّحَ الثاني بأنَّ أصل المذهب أن حُكمَ الحاكم لا يُحِلُّ حَرَامًا، وسيأتي بيان ذلك في الأقضية.

وأجيب بأن مسألة البيع قد أوجب النبي صلى الله عليه وسلم فيها رد المبيع، ورد المبيع يوجب انتقاضه، وفيه نظر، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما رَدَّهَا في الظاهر.

فرع:

إذا بنينا على أنه إنما يفسخ في الظاهر، فمن حُجَّة البائع أن يبيع السلعة؛ لأنه يقول: لي في ذمة المشتري دين منعني منه، وقد عثرت على سلعة له، ولا يمكن أخذها من ديني إلا بعد بيعها، فإن ساوت مثل الثمن، فلا كلام، وَإِنْ ساوت أقل يبقى باقي الثمن دينًا لَهُ عليه، وإن ساوت أكثر رَدَّ الفضلة.

وبين أصحاب الشافعي اختلاف، هل يبيع ذلك بنفسه؛ لتعذر الرفع للحاكم في مثل هذا؟ أو يتولى الحاكم البيع؟

والأشبه بظاهر مذهبنا رفعه إلى الحاكم يتولى البيع عليه، قاله المازري.

(ع): والذي أفهم أنا من قواعد مذهبنا أَنَّهُ لا يلزمه ذلك بل له أن يتولى البيع بنفسه.

(ص): **وثمرته حل الوطء وغيره**

(ش): أي: فعلى الأصح يحل للبائع الانتفاع بالمبيع، وطءٌ أو غيره، ولا يحلُّ ذلك على القول الآخر؛ لأنها على مِلكِ المشتري، إِمَّا بما ادَّعَاهُ هو، أو بما ادَّعَاهُ البائع،

وإنما بقي له دين في ذِمَّةِ المشتري.

(ص): **ويحلفُ على نفي دعوى خصمه، وقيل: مع تحقيق دعواه، فإن نكل الثاني فلا بد من الثاني، ولهذا قال اللخمي: له أن يجمعهما...**

(**ش**): مثاله: لو ادَّعى البائع أنه باع بعشرة، وادَّعى المشتري أَنَّه اشتراها بثمانية، فيحلف على نفي دعوى خصمه، فيقول البائع: والله ما بعته بثمانية، إذ المقصود دفع دعوى الخصم، وهذا القول حكاه اللخمي، واقتصر عليه صاحب " البيان"، وأنكره المازري.

والمشهور هو القول الثاني، وهو: أن كل واحد منهما يحلف في يمين واحدة على نفي دعوى خصمه وإثبات دعواه، فيحلف البائع: ما بعته بثمانية، ولقد بعته بعشرة، نَصَّ عليه فيها في تضمين الصُنَّاع، وعلى هذا ففي تقديم المصنف للأول نظر.

وقوله: (فإن نكل الثاني)؛ أي: فإن نكل الثاني - وهو: المشتري على المشهور - فلا بُدَّ من الثاني؛ أي: أن يحلف البائع على إثبات دعواه؛ إذ لا يلزم من نفي البيع بثمانية أن يكون حصل بعشرة؛ لجواز أن يكون وقع بتسعة.

وكذلك إذا بنينا على تبدئة المشتري، فإذا حلف المشتري: ما اشتريته بعشرة، ونكل البائع أن يكون باعها بثمانية، فلا بد للمشتري بعد ذلك أن يقول: ولقد اشتريتها بثمانية.

ولما كان في كل من القولين راجحيةٌ من وجهٍ، ومرجوحيةٌ من آخر، أَمَّا أرجحيةُ الأوَّل فلأنه لم يُلزم الحالف، إلا بالقدر المضطر إليه، أما مرجوحيته، فلكونه ألزمه اليمين مرتين ، وأما أرجحية فلكونه ألزمه اليمين مرة واحدة، وأما مرجوحيته فلأنه ألزمه أولا بغير ما يلزمه.

اللخمي: الخيرة في ذلك للحالف، فإن شاءَ قَلَّلَ الأيمان عن نفسه فجمعها أولا، وإن شاء التزم تكرار الأيمان، فيحلف أولا على النفي، ويؤخِّرُ يمين الإثبات حتى ينكل صاحبه.

(ص): **والاختلاف في الرهن والحميل كذلك**

(**ش**): أي: كالمقدار فتجيء الأربعة الأقوال، وما يتعلق بذلك من الفروع؛ لأن اليمين يزيد بعدمهما ويقل بوجودهما، وهذا هو الظاهر، وإن كان وقع في المذهب ما يدل على أن الرهن لا حصة له من الثمن، كما سيأتي في باب الرهن.

(ص): **وإذا اختلفا في تعجيله وتأجيله حكم بالعرف، فإن لم يكن فكذلك، وقيل:**

القول قول البائع، وقيل في البعيد والقريب كذلك

(**ش**): أي: قال البائع: بعتُ بنقدٍ، وقال المشتري: بل بنسيئةٍ، فالقَولُ قَولُ من ادَّعَى العُرفَ مع يمينه.

فإن لم يكن عرف فكذلك؛ أي: فيتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت، هكذا نقل ابن بشير هذا القول، وقال: إنه الأصل، وعلى هذا فكلامه يشتمل على ثلاثة أقوال:

ويحتمل أن يريد بقوله: (فإن لم يكن عرف فكذلك)؛ أي: فكالاختلاف في الثمن، فتأتي الأربعة الأقوال، وعلى هذا الوجه اقتصر (ر).

ويكون قوله: (وقيل)، قولا خامسًا، ويترجح هذا بأن الغالب من كلام المصنف إذا قال: (كذلك)، إنما يريد كالاختلاف في الثمن، ويرجح الأول موافقة ابن بشير، وأيضًا فلأن قوله في القول الآخر: (وقيل: في **البعيد والقريب كذلك**)، إنما يمكن فهمه على أن المراد يتحالفان ويتفاسخان، ولا يمكن أن يريد به، فتأتي الأقوال الأربعة؛ لأنه لا يقال: إن في القول تفصيلا مشتملا على أربعة أقوال، والله أعلم.

وقوله: (وقيل: القول قول البائع)، (ع): ظاهره سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة، وسواء كان فيها عرف أو لم يكن، وهذا يُشبه قول ابن القاسم في كتاب الرهن. انتهى. وهو منصوص لمالك في "الواضحة" من رواية مطرف: أن البائع يصدق مع يمينه فاتت، أو لم تفت.

وقوله: (وقيل في البعيد): أي: وقيل: إنَّ القول قول البائع في الأجل البعيد، وأما القريب، فكذلك؛ أي: يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت كالاختلاف في قدر الثمن، هكذا نقل ابن بشير وصاحب " الجواهر"، هذا القول.

تنبيه:

مقتضى قول ابن بشير وابن شاسٍ، أن القول الثاني ليس خلافًا للأول؛ لأنهما لما قالا: وقيل: القول قول البائع، قالا: وهو بناء على أن العادة التعجيل.

واعلم أن مسائل الأجل ثلاث:

الأولى: أن يختلفا في أصل الأجل، وهي هذه المسألة.

الثانية: أن يتفقا عليه، ويختلفا في انقضائه، وهي: الآيتة، أعني قوله: (وإذا اختلفا في إثباته).

والثالثة: أن يختلفا في مقداره، كما لو قال: بعتُكَ إلى شهرٍ، وقال المشتري: بل إلى شهرين.

المازري، فيجري فيه الخلاف الذي في مقدار الثمن، قال: ولم يختلف المذهب في هذا.

وحصل في "البيان " المسألة على غير هذه الطريقة، وجمع في المسائل الثلاث ثمانية أقوال:

أحدها: رواية ابن وهب: إنما يتحالفان ويتفاسخان مَا كَانَتْ السلعة بيد البائع، فإن قبضها المبتاع، فالقول قوله: سَواءٌ أَقَرَّ البائع بأجل، أو لم يقر به، وهو اختيار سحنون.

الثاني: يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها على المبتاع كان القول قول البائع، إن لم يقر بأجل، والقول قول المبتاع إن أقر به.

الثالث: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت كان القول قول البائع، وإن لم يقر بأجلٍ، والقول قول المبتاع إذا تقاررا على الأجل، واختلفا فيه، وهذا أحد قولي مالك وابن القاسم، وهو المشهور عنه.

الرابع: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، وإن فاتت كان القول للمشتري، وإن لم يقر البائع بأجل، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

الخامس: أن القول قول المشتري إذا ادَّعى من الأجل ما يشبه، كانت السلعة قائمة أو فائتة، وروي هذا عن ابن القاسم.

السادس: أن البائع إذا لم يقر بأجل فالقول قوله: ما لم يدفع السلعة، فإن دفعها كان القول قول المشتري.

والسابع: أن البائع إذا لم يقر بأجل، فالقول قوله: وإن دفع السلعة ما كانت قائمة، وإن فاتت كان القول قول المشتري، وروي هذا القول أيضًا عن ابن القاسم، وهو قول العراقيين.

الثامن: القول قول البائع إن لم يقر بأجل كانت السلعة أيضًا قائمة أو فائتة، وإن أقرَّ بأجل، فالقول قول المشتري كانت السلعة أيضًا قائمة أو فائتة، فلا يتحالفان، ولا يتفاسخان في شيءٍ من ذلك، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه.

(ص): وإذا اختلفا في انتهائه فقط، فالقول قول منكر التقاضي

(ش): أي: إذا اتفقا على الأجل، واختلفا هل انقضى أم لا؟ كما لو اتفقا أن البيع وقع لشهر، واختلفا هل انقضى أم لا؟ وذلك مستلزم لاختلافهما في أوله.

وكان القول قول منكر التقاضي؛ لأن الأصل أن لا معاملة بينهما إلا بعد الثبوت،

وفي تضمين الصُّنَّاع: "وإن تصادقا أنَّ الأجل شهر، فادَّعَى البَائِعُ حلوله، وأنكر المبتاع حلف المبتاع وصدق، زاد في "الواضحة"، عن ابن القاسم: وكذلك إن اختلفا في مقداره.

واعلم أن قول المصنف: منكر التقاضي، أعم فائدة من قول غيره: قول المبتاع؛ لأن المبتاع كما ينكر التقاضي، كذلك أيضًا قد ينكر المسلم التقاضي، فيكون القول، قوله: وذلك يتصور فيما فيه ضمان.

(ص): وإذا اختلفا في قبض الثمن أو السلعة فالأصلُ بَقاؤُهُما، ويُحكمُ بالعُرفِ في بعضها كاللحم والبقل إذا بَانَ بِهِ، وكغيرهما إذا طالَ الزَّمَانُ طُولا يقضي العرف بخلافه، ويرجعُ إلى العوائد

(ش): يعني: إذا اختلف المتبايعان في قَبْضِ الثَّمَنِ، بأن يَقُولَ البَائِعُ: لم أقبِض، ويَقُولَ المشتري: بل أقبضتُكَ، أو السلعة بأن يقول المشتري: لم أقبض السلعة.

ويقول البائع: أقبضتها لك، فالأصل بقاؤهما، أي: بقاء الثمن في ذِمَّةِ المشتري والسلعة في يد البائع؛ لأن الأصل عدم خروج الثمن من ذِمَّةِ المُشْتَرِي إلا بِبَيِّنَةٍ أو إِقْرَارٍ. وكذلك المثمون: الأصل بقاؤه بيد البائع.

ثم ذكر أن العرف يُقَدَّمُ على الأصلِ في مثل اللحم والبقلِ، وشبه في "المدونة" هذه الأشياء بالصرف، إذ العُرفُ في مثل هذه الأشياء إعطاءُ الثمن قبل التفرق، وحكى المازري الاتفاق على اعتبار العادة هنا.

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في هذه الأشياء بين أن تكثر أو تقل.

وهو قول ابن أبي زمنين، ونقله عن ابن القاسم.

وأنكر ذلك يحيى بن عمر فِيمَا كَثُرَ، وجعله كسائر السلع، القَولُ فيه قولُ البائع.

وقيد المصنف كون القول قول المشتري بالبينونة " كالمدونة" لاتفاق المذهب على رجحان قول المشتري حينئذٍ، ومفهومه: أَنَّهُ لا يُقبلُ قبلها، وفيه تفصيلٌ:

إن قال: دفعته إليه بعد قبض الرطب، فالقولُ قولُ الرطاب باتفاقٍ، وإن قال: دفعتُه قبل قبض الرُّطبِ فثلاثة أقوال:

أحدها: أنَّ القولَ قولُ البائعِ، وهو ظاهر قول مالك في "العتبية".

الثاني: أن القول قول المبتاع، رواه ابن القاسم في "الموازية".

والثالث: أن القول قول المشتري في كل ما الشأن فيه قبض ثمنه قبل قبض

المثمون، وهو قول ابن القاسم في "الموازية"، حكاه ابن رشد، وحكى غيره في المسألتين، قولين: سواء، قال: دفعته قبل قبض الرطب أو بعده.

أما إن لم يقبض المشتري المثمون وادَّعى أنه دفع الثمن، فلا خلاف أنه لا يعتبر قوله.

وقوله: (وكغيرهما)؛ أي: وكذلك القول قول المشتري في غير اللحم والبقل كالدور والعروض مِمَّا لم يجر العرف فيه بالنقد، بشرط الطول؛ لشهادة العرف حينئذٍ؛ لأن البائع لا يصبر إلى مثل هذا الزمان، وهذا هو الأصل أنه يرجع إلى العرف.

ووقع في الروايات التحديد بالزمان، فَمِنْ ذلك ما قاله ابن حبيب: أَمَّا الرقيق والدَّواب والرباع وشبه ذلك، مِمَّا لا يُبَاعُ على الدِّين، ولا على التقاضي، فالقَولُ قول البائع في عدم القبض، مَا لَم يمض لذلك السنة أو السنتان، والقول قول المبتاع ويحلف، وأما البز والتجارات مِمَّا يتبايع على التقاضي والآجال، فالقول قول البائع ما لم يمض لذلك عشر سنين، أو أقل من ذلك مِمَّا لا يُبَاع ذلك إليه، فيصدَّق المبتاع ويحلف، وروى ذلك مطرف وقال به، وساوى ابن القاسم بين البَزَّ والربع وغيره، ما عدا الحنطة والزيت وجعل القول قول البائع في ذلك كله، وإن بعد عشرين سنة، حتى يجاوز الوقت الذي يجوز فيه البيع إليه.

ابن محرز وابن يونس وغيرهم: والأصلُ في هذا أن يُحمل على العُرف في تلك السلعة، فيُقضَى به، وإلى هذا أشار المصنف، بقوله: (ويرجع إلى العوائد).

وكذلك قال ابن بشير: إن حظ الفقيه أن يحمل على العوائد.

(ص): **والمثمون كذلك**

(**ش**): يحتمل أن يريد: وإن اختلفا في قبض المثمون، فكذلك الأصل بقاؤه، ولكنه تكراراً لقوله في صدر المسألة: (أو السلعة)، فالظاهر أنه يريد: والاختلاف في قدر المثمون كذلك؛ أي: ففيه الأربعة الأقوال، وهكذا نَصَّ عليه المازري، ويؤيِّده أنَّ الإشارة في كلامه (بكذلك) غالبًا إِنَّمَا هي في الخلاف، ويؤيده أيضًا قوله بعد هذا: (والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع)، فشبه بقدر المبيع، ولم يتقدم له ذكر إلا في هذا الموضع على هذا الحمل. ولا يقال: التشبيه في كلامه لإفادة الحكم؛ لأنه قد يفعل ذلك؛ لأنا نقول: التَّشبيه على ما تقدم هو الأغلب، فهو أولى. والله أعلم.

(ص): **وإشهاد المُشتري بالثَّمن مقتضٍ لقبض المثمون عُرفًا على المشهور**

(ش): أي: إذا أشهد المشتري على نفسه بتقرر الثمنِ في ذِمَّتِه، فذلك مُوجِبٌ لقبضِ السلعة؛ لشهادة العرف بذلك، فإذا ادَّعَى بعد ذلك أَنَّهُ لم يقبض السلعة، فالقولُ قولُ البائع على المشهور.

وهل يحلف؟ قال أشهب في "العتبية": يحلف إن كان بحرارة البيع والإشهاد.

قال: وأمَّا إن كَفَّ حتى حَلَّ الأجل، فقال: لَمْ أَكُنْ قبضت السلعة، فلا قولَ لَهُ، ولا يمين على البائع.

والشَّاذُّ لابن عبد الحكم: أنَّ القولَ قَولُ المبتاع في عدمِ القَبضِ.

فرع:

يشبه هذا في ترجيح العرف: إذا أشهد البائع على نفسه بقبض الثمن، ثم قام بطلبه، وقال: إنما أشهدت على نفسي ثقة مني بالمشتري، فهل يحلف المشتري له؟

قال ابن المواز: يحلف، وأطلق.

وروى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يحلف.

وقال ابن حبيب: إلا أن يأتي بسببٍ يَدُلُّ على ما ادَّعاه أو يتهم فَيُحَلَّف.

والأكثرون على أنَّ البائع إنْ قَامَ عَلَى المشتري بِقُرْبِ البيع حلف، وإلا فلا.

وقيل: إلا أن تكون بين المتبايعين قرابةٌ أو صداقةٌ تُشْبِهُ مَعَهَا دَعْوَى البائع، فيحلف له المشتري، وإلا لم يحلف.

(خ): وانظر هل يتخرج قول ابن عبد الحكم هنا؟ أو تتخرج الأقوال التي هُنَا في اليمين في المسألة السابقة أم لا؟

(ص): **وإذا اختلفا في الخيار فثلاثة: البَتُّ المشهور، والخيار، وكالثمن**

(ش): أي: إذا ادَّعى أحدهما أَنَّه وقع على البَتِّ، والآخر على الخيار، فثلاثة أقوال:

١ - المشهور أنَّ القول قول من ادَّعى البت؛ لأنه الغالب من بيوع الناس.

٢ - الثاني - لأشهب -: أن القول قول مدعي الخيار؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك.

ابن بشير: وبه كان يفتي من حقق النظر من أشياخي.

٣ - الثالث - لبعض الشيوخ -: أنَّ ذلك كاختلاف المتبايعين في مقدار الثمن؛ لأن الثمن يختلف بالكثرة والقلة؛ لاختلاف أحوال البيع من بتٍّ وخيارٍ.

(ص): **وإذا اختلفا في الصِحَّة ففيها: القولُ قولُ مُدَّعيها، وقيل: إن غلبَ الفساد،**

فالقول قول مدعيه، وكذلك قال سحنون في المغارسة: القول قول مدعي الفساد.

(ش): إذا اختلفا في الصحة والفساد فالمشهور - وهو مذهب "المدونة" - القول قول مدعي الصحة مطلقًا، وقيده ابن أبي زيد وغيره، بأن يكون اختلافهما في ذلك لا يُؤدي إلى الاختلاف في مقدار الثمن، كقول أحدهما: البيعُ وَقَعَ يَومَ الجمعة.

والآخر ينكره، وأما إذا أَدَّى إلى الاختلاف فيه، فيجري الحكم على الاختلاف في الثمن.

وفي ابن بشير: إن لم يؤد إلى الاختلاف في مقدار الثمن، فالقول قول مُدَّعِي الصحة، وإن عاد بالاختلاف في قدر الثمن فطريقان:

إحداهما: أنه يعطي حكم الاختلاف في الثمن.

والثانية: حكم الاختلاف في الصحة والفساد.

وإذا قلنا: أنه كالاختلاف في الثمن، فهل يتحالفان أو يحلف أحدهما؟

قولان:

١ - ظاهر ما في "الموازية": أنهما يتحالفان، كالاختلاف في قدر الثمن.

٢ - وقال المتأخرون: بل تقلل الأيمان، وإذا قلنا بهذا، فهل يُبدأ بيمين مُدَّعي الصِّحَّةِ رَجاءَ أَنْ يَنكِل فَيُفْسَخُ البيعُ؟ أَو يبدأُ بِيَمِينِ مُدَّعِي الفَسَادِ؟ فَإِنْ نَكَلَ تَمَّ البيع من غير يمينٍ، لهم في ذلك طريقان، وغرض الجميع تقليل الأيمان، انتهى.

وكان القول قول مُدَّعي الصِّحَّةِ؛ لأنها الغالب في التعامل بين المسلمين، ولأن البيع الصحيح هو الحقيقة.

وعلى الأول فينبغي أن يكون القول الثاني تقييدًا للأول ليس بخلاف، وهو قول عبد الحميد، واحتجَّ بقول سحنون في "الموازية": القول قول مدعي الفساد فيها؛ لأن الغالب فسادها في زمانه، وبقول ابن القاسم في "المدونة": في الزوجة إذا أُرخِي الستر، وادَّعَت أَنَّهُ وطئَها، فالقول قولُها، ولو كان ذلك في نهار رمضان الذي لا يحل الوطء فيه؛ لأن الغالب مبادرة الزوج حينئذٍ إلى الوطء.

(خ): ولأن ابن القاسم وَافَقَ على مسألة المغارسة في رواية حسين وأبي زيد، ولم يسقه في "الجواهر " عَلَى أَنَّهُ خِلاف، كَمَا فَعَلَ المُصَنِّفُ، والله أَعْلَمُ.

تنبيه:

اعلم أنَّ في اختلاف المتبايعين طريقتين.

الأولى: - للمتأخرين - وهي مَا حَكَاهَا المُصَنِّف.

والثانية - لابن القصار -: سوَّى فيها بين اختلافهما في مِقدَارِ الثَّمن والمُثمَنِ، وبين الاختلاف في الأجل والرَّهنِ والكَفيلِ والبَتِّ، وذكرَ في الجميع ثلاث روايات، وأسقط من الأربعة المُتَقَدِّمة روايةَ ابن وهبٍ الثَّانِية، لاعتبارِ البينونة مع القبض. وقالها الطرطوشي.

(ص): **والاختلاف في السَّلَم كذلك، إلا أنَّ المُسلم إليه في قبضِ رأسِ المال إن كان عرضًا كالمشتري في النقد في قبضِ السلعة وفواتها**

(ش): يحتمل أن يشير بذلك إلى اختلافهما في الصحة والفساد، أو إلى الاختلاف في مقدار الثمن، أو إلى جميع ما تقدم، وعلى هذا فيختلف إذا اختلفا في القدر، ويتحالفان ويتفاسخان إذا اختلفا في الجنس، وقد صرح في "المدونة" بذلك.

وعلى هذا فَلا بُدَّ من تخصيص كلامِهِ بما عَدَا الاختلاف في قدرِ المسلم فيه، فإنَّ المصنف سيذكره، وهذا هو الظاهر، ولما كان التشبيه يقتضي أن المسلم هو المشتري، وأنَّ المسلم إليه هو البائعُ بَيَّنَ أَنَّ الأمرَ هُنَا على العكس، فذكرَ أنَّ المسلم إليه هُنَا كالمشتري، والمسلم كالبائع.

وإنما قلنا: أنه جعل المسلم هنا كالمشتري؛ لأنه ذكر أنَّه يترجح قوله بالقبض، ثُمَّ شَرطَ في قبض رأس المال المرجح كقول المسلم إليه أن يكون عرضًا، ثم بَيَّنَ ما يَلحقُ فيه، فقال في قبض السلعة وفواتها، وفي اقتصارِهِ على هذين القولين نَظَرٌ، بَلْ ينبغي أن يَقُولَ: فتأتي الأربعة الأقوال:

وفيه أيضًا نظرٌ آخَر؛ لأنَّ تقييده بالعرض يُوهم أنَّ العينَ ليس كذلك، فعلى هذا لو قبض المسلم إليه رأس المال فيتَّفق على أنَّه لا يكون القَولُ قولَه: وليس كذلك، بل القولُ قولُه على رواية ابن وهبٍ في الترجيح بالقبض، وتأتي بقيةُ الأقوال، وقد نَصَّ على ذلك المازري وسندٌ، ولا يُخَالفُ العينُ العَرْضَ إلا فيما يقعُ به الفواتُ، ففي العرض بحوالة الأسواق فأعلى، وفي العين خلافٌ نَبَّهَ عليه بقوله:

(ص): **فإن كان عينًا، ففي وقت فواتها ثلاثة: طولُ الزمان الكثير، أو طولٌ ما، أو غيبته عليها**

(ش): الأول من الثلاثة هو المشهور، والثاني: ذكره ابن رشد، والثالث للتونسي، قال: الأشبه أنه لا فرق في الدنانير والدراهم بين الطول وغيره؛ لأن الغيبة عليها يفيت عينها.

(ص): **والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو**

قدر المبيع

(ش): أي: وإذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر المسلم فيه مع اتفاقهما على جنسه وصفته، فذلك جارٍ على الاختلاف في قدر الثمن في النقد وقدر المبيع، فإن كان قبل قبض رأس المال تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد قبضه فالأربعة الأقوال، وفي "المدونة": القول للمسلم إليه عند حلول الأجل إن ادَّعى ما يُشبه، وإلا فللمشتري إن ادَّعى ما يشبه. فإن ادَّعيا ما لا يشبه، فقال ابن القاسم في "الموازية": يحملان على الوسط من سلم الناس يوم تعاقدا.

المازري: وهو المشهور، وقال في "الأسدية " مرة بهذا، وأخرى بأنهما يتحالفان ويتفاسخان.

تنبيه:

وقوله في "المدونة": القول قول المسلم إليه عند حلول الأجل.

قال ابن المواز: وأما إن اختلفا بقرب تبايعهما فيتحالفان ويتفاسخان.

وقال ابن حبيب: إذا اختلفا قبل الأجل في كيل الطعام صدق البائع، إلا أن يأتي بما لا يُشبِه، فيصدق المبتاع، وإلا حُملَ على الوسط.

ابنُ يونُس: وظاهر هذا خلاف قولِ مُحَمَّدٍ، إذ قد يكون اختلافهما بِقُرْبِ مبايعتهما، فإنَّ ابن حبيب لم يفصل، وابن أبي زيد حمله على الوفاق.

(ص): وإذا اختلفا في الموضع صُدِّقَ مُدَّعِي مَوضِع العقد، وإلا فالبائع؛ لأنه كالأجل، فإن تباعدا ولم يشبه واحد منهما تحالفا وتفاسخا....[1]

(ش): أي: فإن اختلفا في الموضع الذي يقبض فيه السلم، فإن ادَّعى أحدهما موضع العقد، فالقولُ قوله مع يمينه مطلقًا على المشهور، وهو مذهب "المدونة".

وقال سحنون: القول للبائع ولو ادَّعَى خلافه؛ لأنَّه غَارِمٌ.

وقال أبو الفرج: يتحالفان ويتفاسخان إذا ادَّعَيَا ما يُشبِه.

ولو ادَّعَى أحدهما موضع التَّعَاقُد، وهذا إنما هو إذا كان اختلافهما بعد فوات رأس المال، وإلا تحالفا وتفاسخا، نَصَّ على ذلك المازري وغيره، وقد أهمله المصنف، وما هو الفوات؟ فسره المازري بطول الزمان، فقال: فإن وقع الفواتُ بطول الزَّمان. وفسَّره سَنَدٌ بالقبض، وهو ظاهر "المدونة" في هذه المسألة، ونَصُّهَا، قلت:

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٦٩.

أرأيت إن اختلفا - المسلم إليه ورب السلم - في الموضع الذي يقبض الطعام فيه، فقال المسلم إليه: إنما قبضت منك دراهمك على أن أعطيك الطعام في الفسطاط، وقال الذي له السلم: إنما دفعت إليك على أن أقبض منك بالإسكندرية، فالقول قول البائع؛ لأنَّ المواضع كالآجال.

فظاهرُهُ: اعتبار القبض.

قوله: (وإلا)؛ أي: وإن لم يَدَّعِ واحدٌ منهما موضع العقد، فالقول للبائع، وَهُو المسلم إليه؛ لأنه غارم، كما أنَّ القول قوله إذا اختلفا في الأجل؛ لأنَّ اختلاف البلدان كاختلاف الآجال، خلافًا لأبي الفرج، وإنما يكون القول قول البائع إذا أشبه قوله فقط، أو أشبه ما قاله كلُّ واحدٍ منهما، وأما إن لم يُشبِه إلا قولَ المُشترِي وحده فيُعمَل على قَولِه.

وأما إن ادَّعيَا معًا ما لا يُشبِه فقد نَبَّهَ عليه بقوله: (فإن تباعدا ولم يشبه واحد منهما تحالفا)، أي: وإن تباعدا في دعواهما بأن ادَّعَى كل واحد منهما موضعًا بعيدًا تحالفا وتفاسخا، قاله في "المدونة" و"الموازية" و"الواضحة"؛ لأنه وإن كان الأصل أن يعمل على قول المسلم إليه، إلا أن العرف كذبه.

تنبيه:

ما ذكره من قوله: (وإلا فالبائع؛ لأنه كالأجل) صحيحٌ، وقد نَصَّ عليه في "المدونة" كما ذكرنا، لكن يبقى في كلام المصنف نظر؛ لأنه لم يقدم في الأجل أن القول قول البائع، إلا على قولٍ شَاذ، فلا تصح الإحالة عليه.

كتاب السلم[1]

(ص): السلم، له شروطٌ، الأوَّلُ: تسليمُ جميعِ الثَّمَنِ خوفَ الدَّينِ بالدَّينِ....[2]

(ش): في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "مَنْ [أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ][3] فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"[4].

واحترز بقوله: (جميع الثمن)، مِمَّا لَو نَقَدَ البعض، فإنه لا يجوز، نَصَّ على ذلك في "المدونة"، وبه قال محمد وغيره، (ر): وهو المعروف.

وحكى ابن القصار قولا بإمضاء ما تناجزا فيه، وهو مبنيٌّ على أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالا وحرامًا.

ولأشهب قولٌ ثالثٌ بجواز تأخير اليسير، لا النصف، لأنَّ اليسير تبع، فَيُعطَى حكمَ متبوعه.

وأشار سندٌ إلى تخريج قول بإجازة تأخير الثُّلُث مِمَّا أجازه مالك في "الموازية" في الكراء المضمون، إذا نقدَ الثُّلُثين وتأخَّر الثُّلُث.

---

(١) السلم لغة: السلف وزنا ومعنى، وذلك المعنى هو بيع الآجل بالعاجل، وإن لم يستكمل الشروط، فهما مترادفان، يشعر بهذا الترادف مجيئهما في الحديث على هذا المعنى، فقد روي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عبر عن السلم بالسلف فقال: "من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم".
وروي أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره".
ويشعر بهذا الترادف أيضا قول الماوردي: السلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، أي أنهما لفظان يدلان على معنى واحد، وقد استعمل الحجازيون لفظا، والعراقيون لفظا، للدلالة على هذا المعنى، وهذا آية الترادف.
وكما يطلق السلف على هذا المعنى: بيع الآجل بالعاجل، يطلق على القرض بدون منفعة فإذا أسلف شخص آخر عشرين جنيها مثلا إلى أجل، بدون أن يأخذ منه سلعة ينتفع بها، فإنه يقال لذلك: سلف، ولا يقال له: سلم، وعلى ذلك المعنى فهو مغاير للسلم، ومرادف له، بالنظر إلى المعنى الأول. انظر: لسان العرب: ٢٠٨١/٣.
أما اصطلاحا: فقالت المالكية: بيع موصوف في الذمة بغير جنسه مؤجلا. انظر: مواهب الجليل: ٥١٤/٤.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٧٠/١.

(٣) في الأصل: (أسلم فليسلم) والصواب ما أثبتناه.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٢٢٣٩) ومسلم، برقم (١٦٠٥).

وفرَّق غيره بأن مالكًا إنما أجاز ذلك في الكراء للضرورة، إذ الأكرياء يقتطعون أموال الناس، ولا ضرورة في السلم.

وأجرى اللخمي قولا بالفرق بين أن يُسميا لِكُلِّ قفيز مثلا ثَمَنًا، فيصح ما يقابل المقبوض، وإلا فيبطل الجميع مِمَّا تقدم في الصرف من التفصيل لذلك.

وفي تعليل المصنف بخوف الدَّين بالدَّين نظرٌ من وجهين:

أحدهما: أن الخوف إنما يستعمل في المتوقع، لا في الواقع وإذا اشترطا التأخير فالمحذور واقع، ولا يقال: قوله: (خوف الدين)، تعليل لتسليم جميع الثمن؛ لأن الخوف مع التسليم مُنتَفٍ.

الثاني: أنَّ العلة غيرُ منعكسة؛ لأن الدَّين بالدَّين قد ينتفي، والمنع باقٍ فيما إذا كان رأس المال سلعةً معينةً وأُخِّرتْ بشرطٍ لِعِلَّة أخرى؛ لأنه بيعٌ مُعَيَّنٌ يتأخَّرُ قبضُه.

(ص): **وجَوَّزَ اليوم واليومين بالشَّرطِ، وفيها: وثلاثةٌ، وقيل: لا يجوز**

(**ش**): يجوز أن يبنى (جَوَّزَ) للفاعل، ويكون الفاعلِ مالكًا رضي الله عنه، ويجوز أن يبنى لما لم يسم فاعله، وعليه تكلم (ع)، وقال: إِنَّمَا أَتَى بِهِ مَبْنِيًّا لِمَا لَمْ يُسَمَّ فاعله؛ لأنه لم يستحسن ذلك؛ لدخوله تحت الدَّين بالدَّين.

وما نسبه لـ "المدونة" من الثلاث هو في كتاب الخيار منها.

والقول بأنه لا يجوز تأخيره بشرط يوم ولا يومين لابن سحنون، واختاره ابن الكاتب وعبد الحق وصاحب " الكافي"، لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ.

الباجي: وإنما يجوز التأخير إلى اليومين والثلاثة على المشهور، وأما من يجوز السلم إلى هذه المدة، فلا يجوز التأخير عنده إلى هذه المدة؛ لأنه عين الكالئ بالكالئ، ويجبُ أن يقبض - عند هذا القائل - في المجلس، أو بالقرب منه.

(ص): **فإن تأخر أكثر بغير شرط فقولان**

(**ش**): أي: أكثر من ثلاثة أيام، يريد: والثَّمَنُ من النقدين لما سيذكره، والقولان لمالك.

وبالفساد قال ابن وهب: قيل: وهو الصواب، وهو ظاهر "المدونة": لقوله في السلم الثاني: إذا ادَّعَى أحدهما الفساد، فقال: "تأَخَّرَ شَهرًا".

وفي السلم الثالث: ما ظاهره مخالفةُ هذا، فقال: إن تأخر رأس المال أكثر من ثلاثة أيام من غير شرط فيجوز، ما لم يحل الأجل فلا يجوز.

والجواز قول أشهب، ورجع إليه ابن القاسم في "الموازية".

ولابن وهب قولٌ ثالثٌ: إن تعمَّدَ أحدُهما تأخيره لم يفسُد، وإلا فسدَ.

ولابن الماجشون وابن حبيب رابعٌ: إذا مطل المبتاع البائع برأس المال أو ببعضه حتى حَلَّ الأجلُ فَالبَائِعُ مُخيَّرٌ، إنْ شَاءَ أخذ منه بقية رأس المال وأعطاه طعامه، أو يعطيه حصَّة ما نقده خاصةً، وإن كان التأخير بسبب البائع لزمه الطعامُ كُلُّه.

(ع): والأقرب الفساد؛ لأنه دَيْنٌ بِدَيْنٍ، وفي معناه: تأخيره تأخير النصف فأكثر.

قيل: ويختلف في اليسير بناءً على إعطاء اليسير حكم نفسه، أو حكم الكثير، فإن حصل قبض رأس المال حِسًّا ولم يحصل معنى، كَمَا لَو اطَّلَعَ المسلم إليه على أن بعض الدراهم نَاقِصٌ أو زَائِفٌ، ففي "مختصر ابن شعبان " أَنَّه إذا جاء بدرهمٍ ناقصٍ واعترف الآخر به: أنه ينتقض من السلم بقدره، ولا شكَّ أن هذا الباب أخف من الصرف، فكل ما جاز في الصرف يجوز ها هنا أولى.

والمشهور هنا - وهو مذهب "المدونة" - جواز البدل، وتأخيره اليومين والثلاثة، قال أشهب: إلا أن يكونا دَخَلا على ذلك ليجيزا بينهما الكالئ بالكالئ، وهو تقييدُ بعضُ المُوَثِّقين، وهذا عندي لا يعرف إلا ببينةٍ تشهد على أصل تعاقدهما في الشراء أو بإقرارهما معًا.

المتيطي، وَفَسَّر سحنون ما في "المدونة" بأن الدراهم مكروهةً أو زيوفًا، ولو كانت نحاسًا أو رصاصًا ما حَلَّ أخذُهَا ولا التَّبَايُعُ بِهَا، أبو عمران: وهو خلافُ ظاهر "المدونة".

وقال في "مختصر ابن شعبان": إذا جاء بدرهمٍ ناقصٍ واعترفَ الآخرُ به ينتقضُ من السلم بقدره، ولا شك أنَّ هذا الباب أوسعُ من الصَّرفِ.

قيل: ويجوز التأخير اليوم واليومين، على قول ابن سحنون اليوم أيضًا.

أشهب: ويجوزُ تأخيرُ البدلِ أكثر من ثلاثة أيام، بشرط أن يبقى من أجل السلم اليوم واليومان، فإن أَخَّرَهُ بشرطٍ أَمَدًا بعيدًا، فإن عثرَ على ذلك بعد يوم أو يومين أبطل تراضيهما، وَأُمِرَ بالتناجز والبدل، وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة، فأفسد أبو بكر بن عبد الرحمن العقدة كلها خوفًا من دخولهما على ذلك ابتداء، ولم يفسد أبو عمران إلا قدر ما تأخَّر، وَيَصِحُ مَا عَدَاهُ، وَرَأَى غَيْرُهُمَا الصحة في الجميع، لصحة العقدة أولا.

(ص): ويجوزُ الخيار إلى مَا يَجُوزُ التأخير إليه بالشرط بغير نقد، فإن نقد ولو تطوعًا فسد؛ لأنه إن تم ففسخ دين في دين

(ش): لما بَيَّن لزوم حكم العقد في السلم، وذكر حكم الخيار فيه، وذكر أنه يجوز الخيار في السلم بشرطين:

أولهما: أن يكون إلى ثلاثة أيام فأقل؛ إذ هو الذي يجوزُ تأخيرُ النقدِ إليه.

الثاني: أن لا ينقد ولو تطوعًا، وإلا فسد؛ لأن المسلم إذا نقد وتمَّ العقد كان المسلم إليه قد أعطى سلعةً موصوفةً إلى أجل عن ثمنٍ تقرَّرَ في ذِمَّتِهِ، وذلك فسخُ دَيْنٍ في دَينٍ، وعلى هذا فيجوز التطوع بما يعرف بعينه؛ لأنه لتعيينه ليس دينًا بِدَينٍ.

فائدة:

يشارك هذه المسألة في عدم جواز النقد ولو تَطَوُّعًا مسائل:

١ - إذا بيعت الأمةُ على خيارٍ وفيها مواضعةٌ، لهذه العلة؛ لأن الثَّمَنَ دَينٌ على البائع، فإذا تَمَّ البيع بانقضاءِ مُدَّةِ الخِيَارِ صار المشتري قد اعتاضَ من ذلك الذي دفعه جاريةً فيها مواضعةٌ.

٢ - وبيعُ الشيء الغائب بخيارٍ.

٣ - والكراءُ على خيارٍ.

٤ - والأرض غير المأمونة الرَّيِّ.

(ص): وأما غير النقدين فيجوزُ تأخيره؛ لتعيينه، فليس دينًا بدينٍ، لكنه كَرِهَ فيما يُغَابُ عليه كالطعام والثَّوب، وقيل: إذا لم يُكل الطَّعَامُ ولم يُحضرِ الثَّوبُ فِي مَجْلِسِ العقدِ، إذ لم يبق فيه حقُّ توفيةٍ

(ش): هذا مستثنى من قوله: (جميع الثمن)؛ أي: إِنَّمَا يجب تسليم الجميع إذا كان نقدًا، وأما غيرُ النقدين فيجوزُ تأخيره؛ لأنه لتعيينه لا يكونُ دَينًا، ثم ذكر أنَّ مالكًا في "المدونة" كره تأخير الثوب والطعام، يريد: إذا كان التأخير بغير شرطٍ، وأمَّا لو كان بشرطٍ، فَإِنَّهُ يفسد، نَصَّ عليه في "المدونة"، وحمل ابنُ محرزٍ وغيرُه الكراهةَ على إطلاقها.

ومنهم من قَيَّدَها بما إذا لم يُكَل الطَّعَامُ الذي هو رأسُ المال، ولم يُحضَر الثَّوبُ محل العقد، أما إذا كيل الطَّعام وأحضر الثوب، فقد انتقل ضمانها إلى المسلم إليه، وصار كالحيوان، فلا معنى لكراهته، وإليه أشار بقوله: (وقيل: إذا لم يُكل)، إلى آخره، ولم يذكر المصنف الحيوان، ولعله رآه كالعرض، كما قال بعضهم:

وقد ذهب فضلُ بن سَلَمَةَ وبعضُ القرويين إلى أَنَّهُ لا فرقَ بَينَ العَرْضِ والطعام المُعَيَّن بغير شرطٍ - حَلَّ الأجلُ أم لا - وأَنَّهُ جائزٌ ماضٍ، وأنه إنما أطلق الجواز في

"المدونة" في مسألة الحيوان؛ لأنه سئل عن أمرٍ وقع، وكرهه في الآخر ابتداء كما يكرهه في الأول، وإليه نحا أبو عمران أيضًا.

وذهب ابنُ أبي زمنين وجماعة من الشارحين إلى أن مذهب الكتاب: أن تأخير رأس مال السلم بغير شرط المدة الكثيرة على ثلاثة أقسامٍ:

١ - ففي العين يفسخ.

٢ - وفي العروض والطعام يكره فيهما ذلك، ولا يفسخ.

٣ - وفي الحيوان لا يُكرَهُ فيه ذلك ولا يفسخ؛ لأن الحيوان مِمَّا لا يُغَابُ عليه.

وقال أبو محمد اللؤلؤيُّ: الطَّعَامُ أشدُّ، إذ لا يُعرف بعينه، وفَرَّقَ بين العُرُوضِ والحيوان؛ لأنهما مِمَّا يُغَابُ عليهما، وهذا على القول: بأن مصيبة الحيوان من مشتريه، وأما على القول: بأن مصيبته من البائع فلا فرق بينه وبين العروض.

(خ): وينبغي أن تُحمل كراهةُ الإمام على التحريم؛ لأنه إذا لم يُكَل لم تكُن بينه وبين العُرُوض فرقٌ، وينبغي إذا أحضرَ الثوب أن يجوز؛ لأنه بحضوره يَتَعَيَّن، ولا يكون دينًا بدينٍ ، والله أعلم.

(ص): **ويجوز بمنفعة معين اتفاقًا**

(ش): أي: ويجوز أن يكون رأس المال منفعةَ معينٍ كَدَارٍ مُعَيَّنةٍ، ونحو ذلك.

واحترز (بالمعين) من المنافع المضمونة، ولا يجوزُ أن تكون رأس مال؛ لأنه كالئٌ بكالئٍ.

وحكى المصنف الاتفاق تبعًا لابن بشير، لكن ذكر المازري أنَّ الشيخ أبو إسحاق أشار إلى أن في "الموازية" ما يَدُلُّ على منع شراء منافع العين بِدَيْنٍ.

فإن قيل: لم أجازوا هُنَا أن يكون رأس المال منافع معين، ومنع ابن القاسم أخذها عن دينٍ؟

قيل: لأن اللازم في محل البيع فسخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ، وَهُو أشد من ابتداء الدَّينِ بِالدَّينِ.

(ص): **والمجازفة في الثمن في غير المعين جائزة كالبيع اتفاقًا.**

(ش): يجوز في الثمن؛ أي: رأس المال أن يكون جزافًا في غير المعيَّن.

(ر): وظاهر كلام القاضي أبي محمد منع كون رأس المال جزافًا، لما يتوقَّع من طروء ما يبطل السلم، فيفضي إلى التنازع، ابن بشير في نوازله: المذهب كله على خلافه.

وقوله (كالبيع): يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون قصد الاستدلال على أن من منع في السلم أن يكون رأس المال جزافًا، إذ هو بيعٌ كسائر البيوع.

والثاني: أن يكون قصد الإحالة على ما تقدم من شروط الجزاف، وما فيه من الخلاف.

(ص): الثاني: **أن لا يكون طعامين ولا نقدين، للنساء والتفاضل ولا شيئًا في أكثر منه؛ لأنه سلفٌ بزيادةٍ ولا في أقل منه؛ لأنه ضمانٌ بِجُعْلٍ**

(ش): الضمير في (يكونا) عائد على العوضين، وتصور كلامه ظاهر.

واختلف في سلم النخل المثمرة في الطعام، فمنعه ابن القاسم، وأجازه سحنون، وقال ابن مسلمة: إن أزهى منع، وإلا جاز.

وقوله: (للنساء والتفاضل)، النساء يدخل في الجنس والجنسين، والتفاضل خاص بالجنس الواحد.

وقوله: (ولا شيئًا في أكثر منه)؛ أي: ولو كان من غير الطَّعام والنَّقدَين.

ومفهوم قوله: (في أكثر منه، ولا في أقل)، جواز سلم الشيء فيما يساويه، وفيه قولان:

١ - قولٌ بالمنعِ مطلقًا، وهو في "الموازية"، وَعُزي أيضًا لأبي بكر الوقار.

٢ - ومذهب "المدونة" الجواز، بقيد أن لا يقصد المسلم منفعةً لنفسه، ففيها: فإن ابتغيت به نفع نفسك لم يجز، يريد: وكذلك إذا ابتغى به منفعتهما جميعًا.

(ص): **وكذلك في أجود وأردى على الأصح**

(ش): وكذلك يمتنعُ سلَمُ الشيء في أجودَ منه، وأردَى على الأصَحِّ، تنزيلا للجودة منزلة الكثرة، والرَّدَاءَةِ منزلةَ القِلَّةِ، ورأى مُقَابلَ الأصَحِ أنَّ اختلاف الصِّفةِ يُصَيِّر الجنس كالجنسين.

(ص): **إلا أن تختلف منافعهما كجذعٍ طويلٍ، أو غليظٍ في جذعٍ يُخالفه**

(ش): هذا استثناءٌ من قوله: (الأصح) الذي يمتنع فيه سلمُ الأجود في الأردى وبالعكس، فقال: إلا أن تكون منفعة الأردى أو الأجود مختلفةً، فيجوز حينئذٍ سلم أحدهما في الآخر، وما ذَكَرَهُ المصنف قريبٌ مِمَّا قاله في "المدونة" من: أن الخشب لا يُسلمُ منها جذعٌ في جذعين مثله حتى يتبين اختلافها، كجذع نَخْلٍ كبيرٍ غليظٍ طولُه كذا، في جذوعٍ قِصَارٍ لا تُقَارِبُهُ فَيَجُوزُ.

ومنعه ابن حبيب، وصوَّبَهُ فَضلٌ؛ لأن الكبير يُصنعُ منه صِغارٌ، فَيُؤدِّي إلى سلم الشيء فيما يخرج منه.

وأجيبَ بأوجهٍ:

أولها: حمل ما في "المدونة" على أن الكبير لا يصلح أن يجعل فيما تجعل فيه الصغار، أو أنه لا تخرج منه الصغار، إلا بفساد لا يقصده الناس.

ثانيها: أن الكبير من غير نوع الصغير.

ثالثها - لعياض -: المراد بالجذع الصغير المخلوق لا المنجور؛ لأن المنجور يسمى: جايزةً لا جذعًا، وعلى هذا فالكبير لا يخرجُ منه جذوعٌ، بل جوايز فلا يلزمُ عليه سلمُ الشَّيء فيما يخرج منه، لكن قول المصنف: (كجذعٍ طويلٍ أو غليظٍ) يقتضي: أنه يجوز إذا كان طويلا فقط، وهو لا يأتي فيه هذا الجواب الثالث.

تنبيه:

الجواب الثاني إنما يصحُّ إذا بنينا على أنَّ الخشب أصنافٌ، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين، فإنه قال: قوله في "المدونة": يمتنع سلم جذع في نصف جذع. لو كان الجذعُ مِنْ نوعٍ واحدٍ، مثل: الصنوبر، ويكون نصف الجذع من نخلٍ، أو نوعٍ آخر غير الصنوبر، لم يكن به بأسٌ على أصل ابن القاسم.

وفي "الواضحة": الخشب صنفٌ، وإن اختلفت أصوله، إلا أن تختلف المنافعُ والمصارفُ، مثلُ: الألواح والجوايز وشبهها.

وتردد بعضهم في كلام ابن حبيب هذا، هل هو مُوافقٌ لِقَولِ ابن أبي زمنين؟ أو مُخَالِفٌ لَهُ؟ لأنَّ ظاهر كلام ابن أبي زمنين الاكتفاء في المخالفة باختلاف الجنس، وابن حبيب لم يعتبر إلا المنافع، لكن لا يَبعُد أن يُريدَ ابنُ أبي زَمَنِين أنَّ مُطلقَ اختلافِ الجنسِ لا بُدَّ معه من قَيدِ اختلافِ المنفعةِ، فيتفق القولان.

(ص) وكالحمار الفاره في الأعرابي

(ش): هذا معطوفٌ على الجائز، فهو جائزٌ، والفراهةُ: عبارةٌ عن سُرعةِ السَّير.

وضابطُ هذا: أنَّ اختلافَ المنفعةِ يُصيِّر الجنس الواحد جنسين. ولابن القاسم في "الموازية"، قولان آخران:

أحدهما: أنَّ حمرَ مِصرَ كلَّها صِنْفٌ، رفيعُهَا ووضيعُها، وإن كان بعضُها أسْيَرَ مِنْ بَعضٍ وأحمل، عياض، وهو مذهب "المدونة"، قال: وتأوَّل فضل على "المدونة" خلافه.

(خ): والظاهر ما تَأَوَّلَهُ فَضْلٌ، فإنَّ بين الحُمرِ عندنا بمصر اختلافًا كثيرًا قَلَّ أن يُوجد ذلك ببلدٍ.

الثاني: الحُمرُ كُلُّها صِنفٌ. والمشهور أنَّ البِغالَ والحمير جِنسٌ، وهو مذهب "المدونة"، خلافًا لابن حبيب: أنهما جنسان إلا أن يقرب ما بينهما.

هكذا حكى القولين جماعةٌ، ورأى فضل أن ذلك ليس بخلافٍ، وأنَّ كلَّ واحدٍ تَكَلَّمَ على عادة بلده، وأن بينهما بالأندلس اختلافًا بَيِّنًا، وفي مصر الأمر بخلافه، ليس بظاهر، فإن الاختلاف فيها بمصر أظهر.

وعورض مذهب "المدونة" هذا بمنعه في القسمة جمع البغال والحمير في قسم القرعة، ولولا أنهما عنده جنسان، وإلا لأجاز الجمع بينهما.

وأجاب ابنُ يُونُس وغيره: بأنه احتياطٌ في البابين.

(ع): وهو جوابٌ ضعيفٌ؛ لأنه جمعَ في القسم بين الثياب التي لا شَكَّ في أجناسها مُختلفة، وأن منافعها متباينةٌ، كثياب الحرير والقطن والصوف والكتان، فأي احتياط هنا مع أنَّهُ يَجُوزُ سَلمُ الحرير في الصوف.

واختُلفَ في سُرعَةِ السَّير فلم يَرَ مُحَمَّد ذلك شيئًا، وقال عبدُ الملك: إذا اختلفا في سيرهما كاختلاف سير الخيل جاز سلم أحدهما في الآخر، قال: لأن فضل السير هو الذي يُراد في البغال والحمير، اللخمي: وهو أحسنُ؛ لأنه زيادةُ فضلٍ يُزاد في الثَّمنِ لأجله.

(ص): وكالجواد في حواشي الخيل

(ش): (الجواد)، هو: السابق، قال في "الموازية": وليس الفرس الجميل السمين العربي صنفًا حتى يكون جوادًا سابقًا.

وقال ابن حبيب: ليس السير في الخيل يوجبُ الاختلاف؛ لأن المبتغى منها السَّبق والجودة، إلا البراذين العِراض التي لا جَري فيها ولا سَبق، بل تُراد لما يُراد له البغال من الحمل والسير، فلا بأس أن يُسلَمَ الهِملاجُ منها في اثنين من خلافه.

وجعل اللخمي الجمال مِمَّا يختلف به الخيل بشرط أن يُقَابله العدد، فيجوز أن يسلم جميل في اثنين دونه؛ لأنه بمعنى المبايعة، وأما جميل في دونه فلا، وهو ظاهر، بل هو الأظهر.

(ص): وكذلك الإبل

(ش): أي: يسلم النجيب في غيره، (ع): والمعتبر عندهم الحمل خاصة، وليس

السبق بمعتبر. (خ): فَسَّر التونسي النَّجابة بالجري، فقال: النجيبة منها صنفٌ، وهو ما بان بالجري، والجميل صنفٌ، والدنيء صنفٌ، وينبغي اعتبارُ كُلٍّ من الحمل والسبق والسير. وهو الذي قاله اللخمي.

(ص): والبقر والمعز

(ش): قال المازري: تُعتبر النجابة في ذكور البقر بالقوة على الحرث، وأما إناثها فمذهب ابن القاسم: أنها كالذكور إنما تختلف بقوة العمل.

وذهب ابن حبيب إلى أن الإناث إنما يعتبر فيها اللبن.

عياض: وما في "الأسدية " يرد عليه، وهو المعروف من مذهب ابن القاسم أن الحرث مُرَاعَى فيهما.

تنبيه:

والجواز على قول ابن القاسم: إنما هو إذا كان في معنى المبايعة، بأن تسلم البقرة القوية في بقرتين أو أكثر، أما سلم بقرة قوية في بقرة ليست كذلك، فَنَصَّ بعضهم على المنع، وهو ظاهر؛ لأنه ضمان بجعل، وعكسه سلف بزيادة، لكن نص في "الموازية" على خلافه، فإنه أجاز فيها سلم الفرسين السابقين في فرسين ليسا كذلك.

وقوله: (والمعز)؛ أي: فيعتبر فيه الاختلاف بغزارة اللبن، حتى حكى المازري على ذلك الاتفاق.

(خ): وانظر كيف اعتبروا غزارة اللبن في المعز، ولم يعتبرها ابن القاسم في البقر، ولعل ذلك؛ لأن المعز لا يمكن فيها غير ذلك، وفيه نظرٌ.

(ص): بخلاف الضأن على الأصح

(ش): أي: فلا يُعتبر الاختلاف باللبن في الضأن على الأصح، وحكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وقال به.

قال: ولا يُعرفُ من غَزْرِ لبنِ الضَّأْنِ مَا يُوجب ذلك.

وغيرُ الأصح: اعتبارُ غزارة اللبن في الضأن كالمعز، وغزارة اللحم لابن الماجشون، ابنُ يونُس: وهو ظاهر "المدونة"، ولا سيما وقد جعل في "المدونة" الضأن، والمعز كالجنس الواحد، قال فيها: ولا تسلم صغار الغنم في كبارها، ولا معزها في ضأنها، ولا ضأنها في معزها؛ لأنها كلها منفعتها للحم، لا للحمولة، إلا شاةً غزيرةَ اللَّبن موصوفةً بالكرم، فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم، فأطلق.

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: المعزُ والضأن صنفان:

(ص): وكذلك كبيرٌ في صغيرٍ، وصغيرٌ في كبيرٍ على الأصح، بشرط ألا تكون المُدَّةُ تُفضِي إلى معنى المزابنة فيهما بخلافِ صغير الآدمي على الأصح

(ش): لما ذكر أنَّ الجنس يختلف بالمنفعة، شرع فيما يقع به الاختلاف من الصغر والكبر؛ أي: وكالاختلاف بالمنافع الاختلاف في الكبر والصِّغَرِ.

ثم قوله: (كبير في صغير)، يحتملُ: أن يريد الجنس، فَيَصدُقُ على كبيرٍ في صغير وعكسه، وعلى كبيرين في صغيرين وعكسه، وعلى كبيرٍ في صغيرين وعكسه، وعلى صغير في كبيرين وعكسه.

ويُحتملُ: أن يريد الواحد، ويكونُ التعدد مأخُوذًا منه من باب الأولى؛ لأنَّ كل من أجاز مع الواحدة، أجاز مع التعدد.

(والأصح): ظاهر "المدونة"؛ لأن فيها: وتُسلم كبارُ الخيل في صغارها، وكذلك الإبل والبقر. وعليه حملها ابن لبابة، وبو محمد وغيرهما، واختاره الباجي.

وغير الأصح: لا يجوز سلم أحدهما في الآخر مطلقًا، سواء اتحدا أو تعددا.

وفهم بعضهم "المدونة" عليه، وهو في "الموازية"، ففيها: لا خير في قارح في حَولِيٍّ، ولا حَولِيٍّ في قارحٍ، ولا صغيرٍ في كبيرين، وهذا من الزيادة في السلف.

سندٌ: فجعلهما جنسًا واحدًا حتى تختلف المقاصد، فيكون العدد من إحدى الجهتين، والكبر من الجهة الأخرى، ككبيرٍ في صغيرين وعكسه، قال جماعة: ولا خلاف في جواز هاتين الصورتين.

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظرٌ؛ لأنه لم يستثنهما، وهذا إنما يأتي على الاحتمال الأول، وهو: إرادة الجنس، أما على إرادة الواحد فيصير مفهومه: الجواز مع التعدد، وهو مذهب "العتبية"، فإن عياضًا وغيره نقلوا عنها: منع سلف صغير في كبير، وعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ زيادة في السلف، وجواز سلم صغيرين في كبيرين وعكسه، وجعل اختلاف العدد مقصودًا.

واستشكله ابن يونس، فقال: "جعل صغيرين في كبيرين بمعنى البيع، وصغيرًا في كبيرٍ بمعنى السلف.

ووهم المازري من حمل "العتبية" على هذا، قال: وسبب الوهم أنَّه ذكر أولا:

منع صغير في كبير وعكسه، ثم قال: والذي يشبه التبايع سلمُ كبير في صغيرين وعكسه، ثم قال: وكذلك صغيرين في كبيرين وعكسه، ففُهم عنه: أَنَّهُ يفرِّق بين الواحد والاثنين، وهو السابق إلى فهم قارئه، ولا يمكن أن يُوجد بينهما فرق، قال: وقد يُحتمل

ما قاله في الاثنين أنه عطف على أول كلامه بالمنع.

وظاهر كلام المصنف جواز سلم صغير الغنم في كبيرها؛ لتعميمه، وهو مذهب ابن وهب في "مختصر ما ليس في المختصر".

وكذلك أجاز سلم كبش في خروفين، ومذهب "المدونة" خلافه، ففيها: "لا تُسلم صغارُها في كبارِها"، وسُئِلَ ابنُ القَاسِم: لم كَرِهَ مالك ذلك؟

فقال: ليس بين الصَّغير والكبير تفاوت إلا اللَّحم، ولا أرى ذلك شيئًا، سندٌ: وهذا هو المعروف في المذهب. فكان ينبغي للمصنف أن يذكره مع صغير الآدمي؛ لاتحاد المشهور فيهما، ولهذا قال ابن القاسم: الصغار والكبار من سائر الحيوان مختلفان إلا في جنسين: الغنم وبني آدم.

قال في "الموازية": والحولي صغير، والقارحُ والمرباعُ كبيرٌ.

وقال ابن حبيب: صغارُ الحميرِ: مَا لَمْ تبلُغ الحمل والركوب، وقال في الإبل: الصغار فيها: التي لا حَمْلَ فِيهَا.

وقال الباجي: في البقر حَدُّ الكبيرِ في الذُّكُورِ: أن تبلغ حَدَّ الحرثِ، ومثله في الإناث، على قول ابن القاسم، وعلى قول ابن حبيب: أن تبلغَ سِنَّ الوضعِ واللَّبنِ.

وقوله: (بشرط) إلى آخره، أي: إذا قُلْنَا بجوازِ سَلَمِ الكبير في الصغير وعكسه، فهو مشروطٌ لِمَنْ لا يَكُونُ بينهما من المُدَّةِ مَا يُؤَدِّي إلى معنى المزابنة، فلا يُسلم كبير في صغير إلى أجل ينتج فيه الكبير صغيرًا، ولا يسلم الصغير في الكبير إلى أجل يصير فيه الصغير كبيرًا، ومعنى المزابنة فيهما: الخطر والقمار؛ لأنه إذا أعطى الصغير في الكبير إلى أجلٍ يَكبرُ فيه، فكأنه قال له: اضمن لي هذا إلى أجل كذا، فإن مَاتَ ففي ذِمَّتِكَ، وإن سلم عَادَ إليَّ، وكانت منفعتُه لَكَ، وإذا أعطاه الكبير في الصغير فكأنه قال: خُذْ هذا الكبير على صغيرٍ يخرُجُ منه.

قوله: (بخلاف صغير الآدمي)؛ أي: أنَّ صغير الآدمي صِنفٌ واحدٌ مع كبيره، فلا يُسلَمُ كبيرٌ في صغيرٍ وعكسه، سواءٌ اتَّحَدَ العددُ أو اختلف.

والأصحُّ حكى المازري الاتفاق عليه.

ومقابله اختيار الباجي، قال: القياس عندي أن يكون صغير الرقيق جِنسًا مخالفًا للكبير، واحتج باختلاف المنافع، (ع): واختياره هو الصحيح عندي.

(ص): وبخلاف طير الأكل باتفاق

(ش): يعني: أنَّ طير الأكل لا يجوز سلم صغيرها في كبيرها، ولا كبيرها في

صغيرها باتفاق، لكنه مُقيَّدٌ بالصنف الواحد، ففي "الواضحة": الدِّيكة والدجاج صنفٌ واحدٌ، صغارُها وكبارُها، والأوز صنفٌ، والحمام صنفٌ، لا يفترق في ذلك ذكر ولا أنثى، ولا صغار ولا كبار.

وأخرج (بطير الأكل)، طير التعليم، فإنه يختلف بسببه.

وهل يختلف بالبيض؟

قال ابن القاسم: لا.

وقال أصبغ: يخلف، فيجوز على قوله أن تسلم الدجاجة البيوض في اثنتين أو أكثر غير بيوض.

(ص): **والذكورة والأنوثة، ففي الآدمي ملغاةٌ على الأشهر، كغيره باتفاق**

(**ش**): يعني: أن الذكورة والأنوثة لا يختلف فيها غير الآدمي من الحيوان باتفاق.

وهل يختلف بها الآدمي؟

الأشهر: أنه لا يختلف كغيره، قاله مالك في "المدونة" و"العتبية".

وأكثر المتأخرين على مقابله؛ لاختلاف المنفعة، فإن منفعة الذكور المنفعة الظاهرة، ومنفعة الإناث المنفعة الباطنة.

وحكى المازري أن بعضهم خرَّجه من الاختلاف فيمن أسلم دجاجةً بيوضًا في ديكين، وفيه نظر؛ لأن الجواز إنما قيل به للبيض، لا للذكورة والأنوثة فقط، وأنَّ اللخمي خرجه من الاختلاف فيمن حلف بحرية من يملك من الذكور أو النساء، هل تلزمه هذه اليمين أم لا؟ فمن ألزمه بنى على أنهما جنسٌ، فيكون كمن حلف بعتقِ بعضِ الجنس، ومن لم يلزمه بنى على أَنَّهُمَا جِنْسَان، فَلَمَّا حلفَ بعتق الذكور كان كَمَن عمَّ الجنس، وهذا هو مذهب "المدونة" في العتق الأول، وهو خلاف ما نَصَّ عليه في السلم: أنهما جنسٌ واحدٌ، وفيه نظرٌ؛ لأن غاية ما يُستفاد من مسألة الحلف اختلاف الجنسية، واختلاف الجنسية أَعَمُّ من اختلاف المنفعة أو اتحادِها.

(ص): **والصَّنَائِعُ النَّادرةُ في الآدمي كالتَّجْرِ والحِسَابِ وشبهِه مُعتبرةٌ بِاتِّفَاق**

(**ش**): كَلامُه ظَاهِرُ التَّصورِ، ولا يريد (بالنادرة) أن تَكُونَ الصَّنعةُ قليلةَ الوجودِ جِدًّا، على ما يتبادرُ إلى الذهن من هذا اللفظ، وإنما مُراده ما يُوجد في بعض الأشخاص دون بعض.

المازري: والتجارة أيضًا تتنوع، فيجوز أن يسلم تاجر البَزِّ في تاجرِ العطرِ.

وَلَعَلَّ مُرَاده الاختلاف في مجموع التجارة والحساب، فيصحُّ لَهُ الاتفاق، فإن

اللَّخمي وغَيره حكوا قولا بأن الحساب لا يختلف به الجنس، وهو المنقول عن ابن القاسم، فإنه نقل عنه أنه لا يرى الحساب والكتابة والقراءة تُوجب الاختلاف.

وقوله: وشبهه؛ أي: كالخياطة والبناية، ولا يريدُ (بشبهه) الكتابة، فَإِنَّ ابن زرقون حكى فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: لمالك وابن القاسم: عدم اعتبارها في الذكور والإناث.

الثاني: لأصبغ وابن حبيب: أنها معتبرةٌ فيهما.

الثالث - لعيسى عن ابن القاسم -: أنها معتبرةٌ في الذُّكورِ دُونَ الإناث.

وكان ينبغي أن يَقُول: وشبههما؛ لأن العطف بالواو، إلا أن يريد مجموعهما.

(ص): **بخلاف الغزل والطبخ إلا ما بلغ النهاية**

(ش): لأنَّ الغزل والطبخ أَمْرٌ ظَاهِرٌ، وإذا علمته الجاريةُ من يَومِهَا عملته، إلا ما بلغ النهاية، فإنَّ بعضهن تبيعُ الغزلَ بوزنِه فضةً، وبعضهن تطبخُ أنواعًا فائقةً.

ونَصَّ ابن القاسم وغيره: على أن الطبخ والخبز كصنعةٍ واحدةٍ، فلا خير في طَبَّاخَةٍ بِخَبَّازَتَيْنِ، وفيه نظرٌ.

وجعل في "الموازية": الطبخ والخبز مِمَّا تختلف بهما الجواري، ولم يجعل الغزل وعمل الطيب ناقلا.

واستشكله التونسي في عمل الطيب، ورآه ناقلا، وتَأَوَّلَهُ عَلَى عِلمِ صِنَاعَةِ الطِّيبِ.

(ص): **وفي الجمال الفائق، قولان**

(ش): هذا الخلاف إِنَّمَا هُو منقولٌ في الإماءِ، والقول بأنَّهُ لا ينقُل لابن القاسم في "الموازية"، والقول بالنقل لأصبغ، محمدٌ: وهو استحسانٌ، والقول ما قاله ابن القاسم، وهو القياس.

وقال المازري: الأصح قول أصبغ، واختاره التونسي وابن يونس وغيرهما.

(ع): وهو الأصح؛ لأن المراد من الجميلة غَيرُ المراد من غيرها، إلا أن أصبغ تارة أطلق الكلام في الجمال وتارةً قَيَّدَهُ بالفائق، فإن قُيِّدَ كلامُه بعضُه ببعضٍ - وهو الأظهرُ - كان في الجمال الفائق، قولان، كما ذكرهُ المُصَنِّفُ، وإلا ففيه ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين الفائق وغيره.

(ص): **وأما المصنوع لا يعود، فإن قدمه وهانت الصنعة كالغزل لم يجز، على الأشهر، بخلاف النقد**

(ش): لما تكلم - رحمه الله - **على ما يختلفُ** به الجنسُ مِنَ المنفعةِ والخلقةِ

والصنائعِ المتعلقةِ بالآدميّ، شرعَ في الصنائع المتعلقة بالجمادات، ثُمَّ إِنَّ المصنف تكلم على جميع أقسام المسألة؛ لأنه إمَّا أن يُسلم مصنوعٌ في غيره، أو بالعكس، أو مصنوعٌ في مصنوعٍ، وبدأ بالمصنوع إذا أسلمه في غير المصنوع، فاحترز بـ (لا يعود) مِمَّا يعود لأصله مع بقاء ذاته، كالقدور النحاس وشبهها ، وسيأتي ذلك.

ومثل المصنف الصنعة الهينة بالغزل والأشهر، المازري: هو المشهور.

وغير الأشهر: أنهما صنفان، فيجوز سلم الغزل في أصله، وأشار بعض المتأخرين إلى أنه القياس، واختاره ابن يونس.

وحمل سند اتحاد الجنس على غليظ الغزل بخلاف رقيقه، لِشِدَّةِ تَبايُنِ الغَزْلِ الرَّقِيقِ مع أصله.

(خ): ويؤيده ما نصَّ عليه في "الموازية": أن الغزل الرقيق صنفٌ، والغزل الغليظ صنفٌ.

قوله: (بخلاف النقد)؛ أي: فيجوز بيعُ الغزل بالكتان نَقْدًا، لكن بِشَرْطِ أن يكونا معلومين، فإن كانا جزافًا، أو أحدهما فلم يجز، إلا أن يتبين الفصل بينهما، قاله في "الموازية"، وهو مبنيٌّ على أنهما جنسٌ واحدٌ، فَيُؤَدِّي إلى المزابنة.

(ص): **فإن كثرت كالنسج جاز**

(ش): هذا قسيمُ قوله: وهانت. وقوله: (كالنسج)؛ أي: فيجوزُ سَلمُ الثَّوبِ في الغَزلِ، لاختلافِ الأغراضِ وتباينِ المنافعِ، قال في "المدونة": ولا بأس أن يُسلم ثوبَ كِتَّانٍ في كِتَّانٍ، أو ثَوبِ صُوفٍ في صُوفٍ.

أبو محمد: إلا ثياب الخز، فَإِنَّهُ يَنْفُش، وهذا هو المشهورُ، وفي "الموازية" لا يجوز بيع ثوب الصوف بالصوف يدًا بيدٍ، إلا أن يتبيَّن الفضلُ، وهو يَدُلُّ على أن المنسوج مع أصله جنسٌ واحدٌ.

وتأوَّله أبو إسحاق على ما يعود صوفًا إذا نقض.

واستبعده سندٌ، بأنَّ التُّهمَةَ لا يُنظر إلى صورتِها، وإنما يُنظر لقوتها، ويبعد في المنسوج أن يقصد إلى التعامل على نقض نسجه وغزله. قال: والمذهب الجواز مطلقًا.

وذكر ابنُ يُونُس والمازري عن أشهب أنَّ النسج ليس بصنعةٍ في الغزل، وأنه لا يُجيز الثوب بالغزل إلى أجلٍ ولا يدًا، للمزابنة، إلا أن يَتَبَيَّنَ الفضلُ بينهما، وقد جاء لمالك في النَّسج ما يُقوّي قولَ أشهب؛ لأنه قال: فيمن اشترى غزلا فنسجه، ثم فلس المبتاع: أن النسج ليس يفوت به الغزل.

(ص): وإن قَدَّمَ أصله اعتبرت الأجل

(ش): أي: وَإِنْ أسلمَ غَيرَ المصنوعِ فيما يُصنع منه نُظر إلى الأجل الذي ضربَهُ المبتاع، فإن أمكن أن يجعل فيه مِن غَيرِ المَصْنُوعِ مثل ذلك المصنوع منع؛ لأَنَّهُ مُزَابنةٌ، إذ حاصله: الإجارة بما يفضل مثلا من الكتان عن الثوب، وهو مجهولٌ، وإن لم يمكن أن يُصنع جاز، لانتفاء المانع.

وعدل المُصَنِّفُ عَنْ أن يقول: وإن قدمَ غير المصنوع، إلى قوله: (وإن قدم أصله)؛ لكونها أشمل؛ إذ هي تشمل سلم الغزل في الثوب، وفي كلامه إطلاق؛ لأن مقتضاه: أنَّ الأصل إذا قُدِّمَ اعتبر فيه الأجلُ، سواءٌ هانت الصنعة أم لا، ولا يصح؛ لأن ما هانتِ الصَّنعةُ فيه يمتنع، سواءٌ قدَّمَ أصلَه عليه، أو العكس، طَالَ الأجل أم لا، وكأَنَّهُ استغنى بما تَقَدَّم.

(ص): والمصنوع يعود، معتبرٌ فيهما

(ش): أي: إذا كانت الصَّنْعَةُ يُمْكِنُ زوالُها حتى يعودُ المصنوع إلى حاله قبل الصنعة، كالرصاص والنحاس، فلا بد من اعتبار الأجل.

وقوله: (معتبر)؛ أي: الأجل المتقدم.

وقوله: (فيهما): أي: في صورتي تقديم المصنوع في أصله، وتقديم الأصل فيه، فأما اشتراط الأجل فيما إذا قُدِّم غَيرُ المصنوعِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إذا قُدِّم المصنوع في غير المصنوع، فلا معنى لاشتراط الأجل فيه، إِذْ يَبعُد أن يفسدَ المصنوع، ويزيدُ عليه مِنْ عِنْدِهِ، ثُمَّ يدفعه للمسلم، إلا أن يُحمل على صُورَةٍ نَادِرَةٍ، وهو: أن يكونَ المصنوع قليلَ الثمن؛ لقدمه أو لغير ذلك، فإذا زالت صنعتُه ظَهَرَتْ لَهُ صورةٌ، وفيه بعد، (خ): وإنما ينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم سلم غير المصنوع في غير المصنوع؛ أي: فلا يجوز في أكثر؛ لأنه سلف بزيادةٍ، ولا في أقل؛ لأنه ضمانٌ بِجُعْلٍ.

(ص): فإن كَانَا مصنوعين يعودان نظرت إلى المنفعة

(ش): يعني: فَإِنْ كان رأسُ مالِ السَّلَمِ والمسلَمِ فيه مَصنوعَينِ من جنسٍ واحدٍ، والصنعةُ مع ذلك يمكنُ زوالُها؛ أي: يمكنُ إعادةُ المصنوعِ إلى أصلِه، اعتُبرتِ المنفعةُ؛ أي: فإن تقاربت منفعتاهما مُنع سلم أحدهما في الآخر، وإن تباعدتا جاز، مثاله: أن يسلم مسامير في سيفٍ، أو منارة في إبريقٍ، وإن تقاربت جدًا منع؛ لأنه مزابنةٌ، كإبريقِ نحاسٍ في مثله. انتهى.

وفي "الموازية": الحديد كله صنف حتى يُعمل سيوفًا أو سكاكين، فيجوزُ سلم

المرتفع منها في غير المرتفع.

قال (فيها): قلتُ: فما صنع من الحديد حتى يكون سيوفًا أو سكاكين ومرآة وغير ذلك، قال: إذا صنع الحديد افترق، وصار أصنافًا مختلفةً باختلاف المنافع، وكذلك النحاس وأصنافه كله صنف واحد حتى يُعمل فيصير أصنافًا، وكذلك غير ذلك من الأشياء إذا عملت واختلفت منافعها.

وتقييده بالعودة يوهم أنهما لو كانا لا يعودان لا يُنظر إلى المنفعة، وليس كذلك، بل لا فَرْقَ بين ما لا يَعُودُ وَمَا يَعُودُ، ولهذا لم يَجُز سلم الرقيق من الثياب في الرقيق منها إذا اتحد الجنس، بخلاف الرقيق في الغليظ؛ لتباين المنفعة.

(ص): **وفي السيف الجيد بالرديء، قولان**

(**ش**): **ذكر** هذه المسألة إثر التي قبلها؛ لأنها **داخلة** تحت: (المصنوعين يعودان).

(ع): ومذهب "المدونة" الجواز، ومذهب سحنون المنع.

(خ): ولم يجعل في "المدونة" مطلق الجودة والرَّداءة مُقتضٍ للجواز، بل فيها المنع، إلا أن يبعد ما بينهما في الجودة والقطع، كتباعده في الرقيق والثياب، فيجوز أن يسلم سيف قاطع في سيفين ليسا مثله.

ابنُ يُونس: ولم يجزه سحنون، والصوابُ: الجواز لتباين المنفعة.

فرع:

منع في "المدونة" سلم السيوف في حديد لا تخرجُ منه السُّيوفُ، قال: لأن الحديد نوع واحد، قال: ولو أجزتُ السيوف في الحديد لأجزتُ حديد السيوف في الحديد الذي لا تخرج منه السيوف، ولو أجزت ذلك لأجزت الكتان الغليظ في الكتان الرقيق.

أبو الحسن: والمسألة على أربعة أوجه:

أحدها: سلم السيوف في حديدٍ تَخْرُجُ منه السيوفُ.

والثاني: سلم السيوفُ فِي حَديدٍ لا تَخْرُجُ مِنْهُ السُّيوف.

والثالث: سلم حديد لا تخرج منه السيوف في سيوف.

والرابع: سلم حديد تخرج منه السيوف في سيوف. وكلها عند ابن القاسم ممنوعة.

وقال سحنون: لا بأس أن يسلم الحديد التي لا تخرج منه السيوف في سيوف.

(ع): قال عبد الحق: وهو موافق لـ "المدونة".

فانظر ما نقله أبو الحسن عن ابن القاسم، لكن قال ابن بشير: إن ما تأوله عبد الحق غير صحيح، وقد نص في الكتاب على خلافه.

وأجاز يحيى بن عمر والبرقي سلم السيوف في حديد لا تخرج منه السيوف، ونظر ذلك يحيى بثوب الكتان في الكتان.

وأنكر فضل تنظيره؛ لأن الثوب لا يعود كتانًا بخلاف السيف.

واختار اللخمي قول البرقي، قال: وليس إعادة السيف حديدًا مِمَّا تفعلُه العُقَلاءُ.

وقوله في "المدونة": ولأجزت الكتان الغليظ... الخ.

أبو الحسن: يعني بالكتان هنا: الشعر لا الغزل.

سؤال:

قد تَقَرَّرَ في المذهب أنَّ اختلاف المنفعة يُصَيِّرُ الجنس الواحد جنسين، وهي تنخرمُ بِمَا ذَكَرنَاهُ هُنَا عن "المدونة".

المازري: فاختلفت طريقة الأشياخ في الاعتذار، فرأى بعضهم أن الدنيء من هذين النوعين قد يُبَالِغُ في عمله بلطافة الصنعة، حتى يصير يُعمل مِنْهُ مَا يُعمل من الآخر، ورأى بَعضُهم أنَّ هذا خلاف ظاهر "المدونة"؛ لأنه قال فيها: يُعمل من أحدهما ما لا يُعمل مِن الآخر، وأشار إلى أن العذر كون الاختلاف في هذه الصفات المشار إليها ربما وقع فيها الغلط، وبنى على الاجتهاد والحَدْسِ، فحجيتُه الذَّرِيعةُ؛ لئلا يُعقد السلم على نوع لا تفاوت فيه، ويقول العاقد: بل فيه تفاوت:

(ص): فإن اختلف الجنس وتقاربت المنفعة كالبغال والحمير وثوبي القطن والكتان المتقاربين، فقولان

(ش): تصور كلامه واضح، وقد تقدمت مسألةُ البغال مع الحمير، ومذهب ابن القاسم في "المدونة" جواز سلم رفيع القطن في الكتان، والمنع لأشهب.

واختلف شارحو "المدونة" هل يُؤخذ من هذه المسألة الخلاف في هذه القاعدة، أو لا؟ وإنما سبب الخلاف هنا: خلافٌ في حالٍ.

(ص): وفي نحو جملٍ في جملين مثله - أحدهما معجل - قولان

(ش): أي: اختلف في جواز سلم جمل في جملين كل منهما مُمَاثِلٌ لَهُ، وَهُو معنى قوله: (مثله، ومثله) مجرورٌ صفةٌ للجملين.

وأحدهما (معجل)؛ أي: والآخر مُؤجَّلٌ، والمشهور المنع؛ لأن المؤخر عرض عنه، والمعجَّل زيادةٌ.

ورأى في الشاذ: أن المُعَجَّلَ بالمعجَّلِ، وأنَّ المؤخر مَحضُ زيادةٍ، والقولان لمالك.

(ع): وأقربها جريًا على قواعد المذهب المشهور؛ لأن في هذه المسألة تقدير المنع، وتقدير الجواز، والأصل في مثله تغليب المنع.

وقال المصنف في نحو إشارة إلى أن هذا جار في الثياب وغيرها.

وقيد الجملين بالمثلية تحرُّزًا من أن يكون المتعجَّل مُخالفًا للجمل المنفرد فيُمتنع؛ لأنه تختلف الأغراض فيهما حينئذٍ، فيتعلق الغرض بهما أو بالمتأجل، فإن تعلق بالمتأجل كان سلفًا، وكان المتعجل منهما زيادة، وإن تعلق بهما جميعا كان جزءًا من المنفرد متعلقًا بالمتعجل، وبقيته مع بقية المتأجل زيادة في السلف.

أما لو: كان عِوَضُ أَحَدِ الجَمَلَيْنِ دراهم أو دنانير، فقال في "المدونة": فإن عجل الجملان، جاز، تأخر النقد أم لا، وإن آخر أحد الجملين امتنع، تعجل النقد أم لا؛ لأنه ربًا.

(ص): وألزم أشهب المغيرةُ عليه دينارًا في دينارين كذلك، فالتزمه، ولا يلزمه

إن فسد عمل له من بقيته، كاللبن غير المطبوخ، نَصَّ عليه ابنُ محرزٍ، قال: ولا بدَّ من الشروع في العمل؛ لئلا يكون يضمن إلى أجل، قال: وأما الممكن الإعادة كالرَّصاص، فيجوز وإن كان يسيرًا؛ لأنه وإن لم يأتِ على ما شرط أَمْكَنَهُ كَسْرُهُ وإعادته، قال: وكذلك رأوا ضمانه إن هلك من مشتريه؛ لأنه قد ملكه بالشراء، وإنما شرط على بائعه فيه صنعةً، فيضمنه ضمان الصناع.

(ص): وأما نحو القَصَّاب والخبَّاز الدائم العمل، فقد أجيز الشراءُ منه إجراءً له مجرى النقد، واستقرأ اللخمي منه السلم الحال

(ش): هذا مقابل القسم الذي قبله؛ لأن الأول الصانع فيه غير معين، والمصنوع معين، وهذا الصانع معين، والمصنوع غيرُ مُعَيَّنٍ، ثم هو ينقسمُ إلى قِسمَين:

أحدهما: أن يكون الصانع دائم العمل.

والثاني: أن لا يكون دائمه.

وذكر المصَنِّفُ أنهم أجازُوا الشراء من الصَّانع الدَّائمِ العملِ كلَّ يومٍ بكذا، وهذا هو المشهورُ، وروي عن مالكٍ المنع.

وعلى المشهور فيُشترط أن يكون ذلك موجودًا عنده، وأن يَشرعَ في الأخذ، ولا يُشترط فيه ضربُ الأجَلِ، بَلْ يجوزُ أن يكون مُؤجلا كغيره، ويجوز أن يكون حالا، وسواءٌ قَدَّمَ النَّقدَ في ذلك أو أَخَّرَهُ.

وفي "العتبية" عن مالك عن سالم بن عبد الله، قال: كنا نبتاع اللحم من الجزارين

بسعرٍ معلومٍ، نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة، بشرط أن ندفع الثمن إلى العطاء مالك: ولا أرى به بأسًا إذا كان العطاءُ معروفًا.

ابن رشد: ولاشتهارها سُمِّيَتْ بيعةَ المدينة.

وقوله: (إجراء له مجرى النقد) يحتمل معنيين:

أحدهما - وهو الأقربُ -: أنَّهم جعلُوا المسلم فيه هُنَا كالحال، ولهذا أجازُوا فيه تأخير رأس المال، وأبطلو بقيتهُ بموتِ المُسلَمِ إليه، ابن القاسم: ولو كان سلمًا لأخِذ من تركته.

والثاني: أنه لما كان الغالب من الصانع الذي هو شأنه تحصيل ما أسلم إليه فيه، ولا يعوزهم وجوده كما يعوز غيرهم، صار وجوده عندهم كالنقد بالنسبة إلى جميع الناس، فكما يجوز البيع بالعين على الحلول كذلك، فلفظ النقد مستعمل في الدراهم والدنانير، وفي الأول يستعمل في مقابل الأجل، وروي عن مالك أنه لا يجوز تأخير رأس المال في هذه المسألة، ورآه من باب الدَّين بالدَّين.

واختُلف لو تعذر أكثره هل للمشتري مقال في الفسخ كاستحقاق الأكثر؟ أو لا مقال له في رد القليل المقبوض كالجائحة؟

وعلى أنه لازم في المقبوض وحده، فاختلف هل تقع المحاسبة فيما قبض على مقدار ما لم يقبض من غير نظر إلى الزمان؟ أو إنما ينظر إلى قيمة ما شرط قبضه باعتبار زمانه؟ فقد يكون الربع المقبوض أولا مساويًا لقيمة النصف، وهو الأظهر، والله أعلم.

وذكرالمصنف أن اللخمي استقرأ من هذه الصورة جواز السَّلمِ الحال، وقد تقدم مَا يرد هذا الاستقراء؛ لأنه إنَّما أُجيز هذا هُنَا؛ لتيسره عليهم بخلاف غيرهم.

تنبيه:

فأما القسم الثاني وهو: أن لا يكون مستديم العمل، فقال ابن بشير: قد أعطوه حكم السلم وأجازوه للضرورة، قال: ويشترط فيه أن يكون أصل المسلم فيه يبقى إلى أجل السلم فأبعد، ويقدَّمُ رأس المال، فإن تعذر شيء من المسلم فيه تعلق بالذمة.

(ص): **الثالث: أن يكون في الذمة؛ لئلا يكون بيع معين إلى أجل**

(ش): أي: ولا يجوز بيع معين يتأخر قبضه؛ لأنه إن لم يكن في ملك البائع فالغرر ظاهر، وإن كان في ملكه، فبقاؤه على تلك الصفة غيرُ معلومٍ، ولا يلزم منه الضَّمان بجعل؛ لأن المسلم يزيد في الثمن؛ ليضمنه له المسلم إليه، ولأنَّه إن لم ينقد الثَّمن أخلَّ بشروط السَّلَمِ، وإن قَدَّمَهُ كان دائرًا بين الثمن إن لم يهلك، والسلف إن هلك.

فإن قيل: من المبيعات ما يجوز بيعه على أن يقبضه المشتري بعد شهر، فلم لا أجيز هُنَا كذلك؟

قيل: هذا إنما هو في البيع، وكلامنا في السلم.

فإن قيل: فقد أجاز ابنُ القاسم كراءَ الدَّابَّة المعينة تُقبضُ بعدَ شَهرين، ويلزم عليه جواز السَّلم في معيَّن إلى أَجَلٍ.

قيل: الفرقُ أنَّ الدَّابَّة المعينة ضمانها من المبتاع بالعقد، أو بالتمكين، فإذا اشترط تأخيرها كان ضمانها من البائع، فيلزم ضمانٌ بجُعلٍ، بخلاف منافع المعين، فإن ضمانها من ربها، فلم يشترط إلا ما وجب عليه.

(ص): **الرَّابع: أن يكون مقدورًا على تحصيله غالبًا وقت حُلُولِهِ؛ لئلا يكون تارةً سلفًا، وتارةً ثمنًا**

(**ش**): قوله: (غالبا)؛ أي: فلا يعتبر عدمُه نادرًا؛ لأن الغالب في الشرع كالمحقق.

وقوله: (وقت حلوله) إشارة إلى أنه لا يشترط وجوده قبل ذلك، وعلى هذا فيجوز السلم فيما له إبَّان، وهو مذهبُ مالك والشافعي وأحمد، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله في اشتراطه وجوده من حين أسلم فيه، إلى حين وجوده؛ لاحتمال الموت والفلس، ولم يعتبر أصحابنا ذلك؛ لأنه من الأمورِ النَّادرةِ.

والظاهر: أن العلة التي ذكرها - من كون الثمن تارةً يكون سَلَفًا، وتارةً ثَمَنًا - جاريةٌ فيما يُعرف بعينه، وفيما لا يُعرف بعينه، وإن كان (ع)، قال: السلف لا يمكن فيما يعرف بعينه.

(ص): **فلا يجوز في نسل حيوانٍ بعينه**

(**ش**): أي: أنَّ مِنْ ثمرات اشتراط كون المسلم فيه مقدورًا على تحصيله عند حلول الأجل امتنع السلم في نسلِ حيوانٍ مُعَيَّنٍ؛ لفقد الشرط المذكور.

وأجاز اللخمي السلم في نسل حيوانٍ بعينه على صفةٍ معلومةٍ إن وجدت، بشرط أن لا ينقد الثمن، وبشرط قرب الوضع، قال: ويختلف إذا كان الوضع بعيدًا لموضع التحجير، فيجوزُ على أصل ابن القاسم، ويمتنع على أصل غيره.

سندٌ: وما قاله لا يحتمله المذهب ولا غيره؛ لأن ما لا يُقَدَّر على تسليمِه عند الأجل، ولا تُعرفُ له صِفَةٌ يُوصفُ بِهَا يمتنع بَيعُه، سواء وُصِفَ أم لا، وقد " نَهَى النَّبِيُّ

صَلَّى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ مَا فِي الأَرْحَامِ"[١] من غير تقييدٍ، ولا يعرف فيه خلاف.

(ص): **ولا حائطٍ بِعَيْنِهِ إلا أن يُزهي، فيكون بيعًا لا سلمًا**

(ش): هو معطوفٌ على نسل الحيوان المعين.

(إلا أن يُزهي)، فيجوز بيعه حينئذٍ، ويكون بيعًا لا سلمًا، قال في "المدونة": ويحمل هذا عند مالك محمل البيع لا محمل السلف.

ولم يذكر شروطه، كما ذكر ابنُ شَاسٍ، وكما ذكر في "المدونة"؛ لأنه ليس من باب السلم، على أنَّ بعضها قد تُؤخَذُ بالقوة، وهي تسعة:

الأول: أن يزهي ويصير بسرًا؛ لأن بيعه قبل الإزهاء غيرُ جائزٍ، للنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

الثاني: أن يذكر القدر من كيلٍ أو وزنٍ أو عددٍ.

الثالث: أن يكون الشراءُ مِمَّا يَسَعُه الحائط.

الرابع: أن يبقى زَهوه، أو رطبه إلى حين أخذِه، ولا يُتَمَّر فيه.

الخامس: أن يكون مُؤَجلا.

السادس: أن يذكر ما يأخذ كل يومٍ، وهل الأيام متواليةٌ أو متفرقةٌ؟ ولا يجوزُ على أن يأخذ على كل يومٍ ما شَاءَ، لو شرط أخذ الجميع في يومٍ لجاز.

السابع: أن يُسلمَ إلى مالكه؛ لأنَّ السلم فيه إلى غيره غرر، إِذْ قَدْ لا يَبِيعُه المالك.

الثامن: أن يشرع في الأخذ حين الشِّراء، أو بعدَ أَيَّامٍ يسيرة، قال في "المدونة": والخمسة عشر يومًا قريبٌ، وقيل: العشرون يومًا قريبٌ.

وقيل: لا يجوز التأخير أصلا، وَإِنَّمَا جَازَ أَنْ يشترط أخذه بسرًا أو رطبًا لا تمرًا، لِبُعْدِ مَا بَيْنَ البسر أو الرطب والتتمير، فيدخله الخطر، بخلاف العقد على ما في الحائط جزافًا فله تركه إلى أن يُتَمَّر؛ لأن الجزاف قد يتناوله العقدُ على مَا هُو عليه، وقد يسلمه المبتاعُ، بدليلِ: أَنَّهُ إذا أراد بيعه لم يُمنع، وَلَمْ يَبْقَ على البائع فيه ضمانٌ، إلا ضمان الجوائح، وهو خلاف الأصل، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه، وإنما يتناوله على صفةٍ غير موجودةٍ، فكان غررًا. وهذه التَّفرقة هكذا هي الصَّواب، وفي ابن بشيرٍ العكس، وهو خطأٌ على المذهب لا شكَّ فيه، قاله (ع).

بعض القرويين: وهذه الشروط إنما تلزم إن سَمَّوه سلمًا، وأما إن سموه بيعًا فلا

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٠٩٨٤) والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٨/٥.

يلزم، ويكونُ على الفور، إذ بعقدِ البيعِ يجبُ له قبضُ الجميع.

فرع:

فإن وقع البيعُ بِشَرْطِ البَقَاءِ إلى التتمير نظر، فإن وقع البيع عليه وهو رطب، وقبضه تمرًا، قبل أن يطلع على فساده مضى بلا خلاف.

ابن القاسم: وكذلك يمضي إذا غفل عن الاطلاع عليه حتى يتبين، وإن وقع وهو زهو، فتأوَّل ابن شبلون وغيره أنه يفسخ مطلقًا، وإنما يفوتُ بما يفوتُ به البيعُ الفاسدُ، وعلى هذا فيكونُ المنعُ على التحريم.

وقال ابن أبي زيد: بل يمضي إذا نزل، وعليه أول "المدونة"، ففسَّر الفوات الذي في "المدونة" بالقبض، ومثله في "الواضحة".

وفسر غيره الفوات بالعقد، ومثله في "الموازية"، وعلى هذين فالمنعُ على الكراهة.

وصوَّب عبد الحق وابن يونس تأويل ابن أبي زيد، وأكثر الأشياخ على تأويل "المدونة" على ما في "الواضحة": أنه يفسخ ما لم يقبض، ولو انقطعت ثمرته قبل الاستيفاء رجع بحصة ما بقي اتفاقًا، قاله ابن يونس وغيره.

وهو بخلاف الثمر المضمون ينقطع بعدما أخذ بعض سلمه، فهذا فيه اختلافٌ، وسيأتي.

قال عيسى بنُ دينارٍ: ورجوعُه على حسبِ المكيلةِ.

وقال القابسي وابن شبلون وجُلُّ الأشياخ: بل على القيمة؛ لأنه دخل على أن يأخذ شيئًا فشيئًا، إلا أن يشترط عليه أن يجده في يومه أو يوم واحد، فعلى الكيل، وهو أظهر.

وإذا رجع بالحصة ففي "المدونة": يجوز أن يأخذ بتلك الحصة ما شاء من السلع معجلا، فإن تأخر لم يجز؛ لأنه فسخ دينٍ في دينٍ.

ابن أبي زمنين: وذكر بعض الرواة عن ابن القاسم: أَنَّه قال: له أن يأخذ بها ما شاء من السلع معجلا، إلا ما كان من صنف الثمرة التي أسلم فيها، فلا يجوز أن يأخذ منه إلا مثل ما بقي له من الكيل؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عَمِلا على التأخير؛ ليأخذ منه أكثرَ من كيله.

بعض القرويين: ويجب على هذا أن لا يأخذ بما بقي له من رأس ماله ذَهَبًا عن ورق أو بالعكس؛ لما يخشى أن يكونا عملا على صرفٍ بتأخير.

قال بعضهم: وإن ذهبت الثمرة بأمر من الله، فينبغي أن يجوز ذلك كله.

وقد يُعترض على من قَاسَ على هذا مَا ذَكَرَهُ ابنُ القاسم في الصرف المستأخر،

فإن التهمة في فسخ الدَّين أقوى؛ لأن فيها دفع قليل في كثير بخلاف الصرف.

(ص): بخلاف نَعمٍ كثيرةٍ، لا يتعذر الشراء من نسلها، أو مصرٍ لا يتعذر الشراء من ثمره

(ش): أي: فيجوز للأمن فيها، ولو أراد المسلم إليه أن يعطي من غير نسل تلك الأنعام، أو من غير ثمر تلك الحائط المشترط فأجراهُ بعضهم على الخلاف في شرط ما لا يُفِيد، هل يلزم الوفاء به أم؟

(ص): ولا يضر الانقطاع قبله ولا بعده

(ش): أي: قبل حُلُولِهِ ولا بعدَه، كالأشياء التي لها إبَّان، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا.

بعض القرويين: ولو مات المسلم إليه قبل الإبان فلتُوقَف تركته إليه، ولا يُقسَمُ ماله حتى يأخذ المسلم إليه حقه، ولو كان عليه ديون تغترق تركته تحاصوا في تركته، وضرب للمسلم بقيمة شيئه في وقته على ما يُعْرَفُ في أغلبِ الأحوالِ من غلاءٍ أو رخصٍ، فقيل: فَيُوقف ما صار له ثمَّ يشتري له ما أسلم فيه، فإن نقص أتبع بالباقي ذِمَّة الميت، فإن طَرَأ لَهُ مَالٌ وإن زادَ لم يُشتر له إلا قدر حَقِّهِ، وتُردُّ البقيَّة إلى من يستحقُّ ذلك من وارثٍ أو مديانٍ، ولو هلك الموقوفُ لكان من المسلم إليه؛ لأن لَهُ نَماءه فعليه تواهُ.

ولم يجروا في هذه المسألة ما فيما وُقف للغرماء من مال المفلس، ولعلَّ ذلك؛ لأن مسألة السلم لم يحل الأجل فيها، لكون الإبان لم يَأْتِ، وَلَو حَلَّ لَجَرَى فيه حكم ما وُقف للغرماء.

(ص): فلو أَخَّرَهُ حتى انقطع فالمشتري بالخيار في الفسخ والإبقاء

(ش): أي: فلو أخَّر المسلَمُ إليه المسلَمَ فيه حتى انقطع، وخرج إبَّانُه، فالمشتري - وهو: المسلم - مُخيَّرٌ بين فسخ العقد، ويأخذُ رأسَ مالِه، وبينَ إبقاءِ العقدِ إلى قابلٍ؛ لأن الحقَّ للمبتاع، ولم يذكُر المصَنِّفُ إلا هذا القول.

وخرَّجَ سندٌ فيه الأقوال المذكورة في تأخير البعض، وكلامُ المُصَنِّفِ ظَاهِرٌ في أن المسلَمَ إليه هو المؤخِّر، وينبغي أن لا يكون للمسلم تخييرٌ إذا كان التأخير من جهته؛ لأنه ظلمه بالتأخير، فتخييره بعد ذلك زيادةٌ في ذلك الظلم، وإلى ذلك أشار (ع).

ويشبه هذه المسألة إذا أسلم في أضحيةٍ، فَلَمْ يَأْتِ بها البَائِعُ حتى فَاتَ زَمَنُ الأضحية.

وإذا هرب البائع في السلم مُمْتَنِعًا مِنْ قبضِ رأسِ المال، ففيها في

المذهب اضطرابٌ.

(ص): **فلو قبضَ البعض فَسِتَّةٌ: يجبُ التَّأخيرُ إلا أن يتراضيا بالمحاسبة، وقال أصبغ بعكسه، وقال سحنون: يجب التأخير، وقال أشهب: تجب المحاسبة، وقيل: الخيار للمشتري، وقيل: إن قبض الأكثر جاز التأخير، وإلا وجبت المحاسبة**

(ش): أي: إذا قبض بعضَ المسلم فيه وتأخر بعضه لفقده، وذلك في صورتين:

الأولى: أن يسلم فيما له إبان ثم ينقطع، وهي التي في "المدونة" وغيرها.

الثانية: أن يسلم في ثمر قريةٍ مأمونةٍ، فتصيبُ ثمرتها جائحةٌ، وهي التي ذَكَرَ اللَّخميُّ فيها الخلاف.

وأما القريةُ غير المأمونة، فحكى عياضٌ وغيره فيها، قولين:

أحدهما: وجوب المحاسبة، ولا يجوزُ البقاءُ لقابلٍ.

والثاني: الجواز، وصوبه ابن محرز، عياضٌ: وأما لو أُجيحت فيلزمه البقاء اتفاقًا.

وأما الحائط المعين فيفسخ فيما بقي اتفاقًا، نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما.

وقوله: (فستة)؛ أي: الأقوال:

الأول: أن الحكم وجوبُ التَّأخير، ومن دعا منهما إليه كان القولُ قولُه: إلا أن يتراضيا بالمحاسبة، وهو قولُ مَالِكٍ الذي رجع إليه في "المدونة"، وقولُ ابن القاسم وسَحنُون وصوَّبه التُّونسيُّ؛ لأنَّ السَّلَمَ يتعلَّقُ بالذِّمَّةِ، فلا يبطل ببطلان الأجل كالدَّين، ولا يُتَّهمان على قصدِ البيع والسلف؛ لأن انقطاعه إنما هو من الله تعالى.

وكذلك لو كان بهروب أحدهما: فإنَّ التُّهمةَ أيضًا منتفيةٌ، بخلاف ما لو سكت المشتري عن طلب البائع حتى ذهب الإبان، فلا يجوز تراضيهما بالمحاسبة؛ لأنهما يتهمان على البيع والسلف.

وهل من شرط تراضيهما بالمحاسبة أن يكون رأسُ المال مُقَوَّمًا؟

لم يشترط ذلك ابنُ القاسم، واشترطه سَحنُونُ، ليأمَنَا من الخطأ في التقويم؛ لأنه إذا كان مُقَوَّمًا جَازَ أن يكون مُخَالِفًا بِالقِلَّةِ والكَثرة، فيكون إقالة في البعض على غير رأس المال، إلا أن يكون المردود من الثياب جزءًا شائعًا، ويكون المشتري شريكًا للبائع في رأس المال، وإذا تراضيا على المحاسبة، فلا يجوز أن يأخذ ببقية رأس ماله عرضًا ولا غيره؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، قاله أبو بكر بن عبد الرحمن.

التونسي: ولم يعتبروا تهمة البيع والسلف؛ للضرر الداخل عليهما بالتأخير.

الثاني - لأصبغ عكس الأول -: تجب المحاسبة إلا أن يتراضيا بالتأخير.

وضُعِّفَ؛ لأنه إذا وجبت المحاسبةُ، فليس للمشتري على البائع سوى بقية رأس المال، فإذا اجتمعا على التأخير لزم فسخُ دَينٍ في دَيْنٍ.

وأجاب المازريُّ بِأَنَّ فسخ الدَّيْنِ في دَيْنٍ هُنَا ليس مُتَّفقًا عليه؛ لأنه قد قيل بوجوب التأخير ابتداءً.

القول الثالث - وهو قول مالك الأول في "المدونة"، ونقل عن سحنون أيضًا: يجب التأخير، وليس لهما أن يتراضيا بالمحاسبة، ووجهه مَا ذَكَرَهُ التونسي في توجيه الأول.

القول الرابع - لأشهب في "الموازية" -: تجب المحاسبة، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير؛ لأن الأجل مقصود، فيفسخ بفواته، ولا يجوز التأخير؛ لأنه كفسخ دَينٍ فِي دَينٍ، ويجوز على هذا أخذ عوض عن بقية الثمن نَاجِزًا، كالحائط المعين.

القول الخامس - لابن القاسم في "الموازية" -: الخيارُ للمُشتري في الفسخ والإبقاء؛ لأن الحق له.

السادس: أنَّ المسلم إن قبض أكثره جَازَ التأخير والمحاسبة، وإن قبض أقلَّه وجبت المحاسبة. وعزاه ابن يونس لمالك، وابن بشير لابن القاسم، لكن استُشكل نقل المصنف له؛ لأنَّ من نقله إنما نقل في الأقل والأكثر، وقول المصنف: (وإلا)، يدخل فيه الأقل والمساوي.

(ص): **الخامس: أن يكون مؤجلا - لئلا يكون بيع ما ليس عندك - إلى مُدَّة تختلف فيها الأسواق عرفًا، كخمسة عشر يومًا، وقيلَ: إلى يومين، وقيل: إلى يوم**

(**ش**): الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه إلى أجلٍ، فلا يجوز الحال، خلافًا للشافعي؛ لما في الصحيحين: أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يُسلفون في الثمار، فقال: "مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"[1]. وقد تجاذبه كُلٌّ مِنَ المذهبين، فالأوَّل رأى أنَّ الشَّرط مُرَكَّبٌ مِنَ الأجَلِ والمعلومية، والثاني: رأى أنَّ المقصود من الشرط المذكور إنما هو كونه مضبوطًا، لا أنه لا بد من أجل، والأول أولى؛ لأنه لو صَحَّ هذا؛ للزم ذلك في الكيل والوزن، ولا قائلَ بِهِ.

وقوله: (لئلا يكون)، إلى آخره، روى الترمذي وصححه: "أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم

---

(١) مضى تخريجه.

نَهَى عَنْ بَيعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"[1]. ورواه أبو دَاوُد والنسائيُّ.

وقوله: إلى مُدَّةٍ بيانٌ للأجلِ المشترط، وذلكَ أَنَّ أصحابنا لما اشترطوا الأجل، قالوا: إنَّ علة ذلك تحصيلُ مصلحتين:

إحداهما في حق البائع، وهي: دفع القليل؛ ليأخذ ما هو أكثر منه.

والثانية في حق المشتري، وهو: الانتفاع بالثمن، وقد يحصل له بذلك الثمن.

ثم إن مالكًا اكتفى بهذا القيد في الرواية المشهورة عنه، قال في "المدونة": ولم يحد مالك في ذلك حدًّا، وهو عينُ الفقه، وذكر صاحبُ المعونة عنه روايةً أخرى بالاكتفاء بمطلق الأجل.

ورأى ابن القاسم تحديد أقل هذه المدة بخمسة عشر يومًا، وجعل ذلك مظنة اختلاف الأسواق غالبًا، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر؛ لأنه اكتفى بقول ابن القاسم عن مالك وجعل الخمسة عشر يومًا مثالا للمُدَّةِ الموصوفة، وليس الأمر عند مالك على هذا.

والقول بجواز السلم إلى اليومين لمالك في "الموازية": وباليوم لابن عبد الحكم، أصبغ: فإن وقع إلى يومين لم يفسخ؛ لأنه ليس بحرامٍ بين، ولا مكروهٍ بَيِّنٍ.

واختاره ابنُ حبيب، وقال ابن المواز: فسخُه أحبُّ إليَّ.

وهذا هو ظاهر "المدونة" عند ابن رُشد.

(ص): **ومن ثم قيل: يَجُوز السَّلَم الحال**

(ش): أي: ومن إجازة السَّلَم إلى اليوم واليومين خرَّجَ بعضُهم - وهو: التونسي وغيره - قولا بإجازة السلم الحال؛ لأن هذه المدة لا تتغير فيها الأسواق غالبًا.

وقال غيره: لا يلزم من قال بهذا إجازة السلم الحال؛ لأن قائله اشترط ضرب الأجل، ولعله اعتقد أن الأسواق تتغير فيها، ولا يخرج الإنسان قولا من مسألةٍ نَصَّ فيها على ما يناقضه.

ونقل المتيطي أن أبا تمام روى عن مالك إجازة السلم الحال.

وذكر الباجي عن عبد الوهاب أنه قال: اختلف أصحابنا في تخريج المذهب، فمنهم من حكى رواية بجواز السلم الحال، ومنهم من قال: الأجلُ شرطٌ روايةً واحدةً، وإنما اختلفت الرواية عنه في مقدار الأجل.

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٣٥٠٣) والنسائي في الصغرى، برقم (٤٦١١).

(ص): إلا أن يعيّن القبض ببلدٍ، فيجوز أن يكون الأجل المسافة، ولو يومًا

(ش): هذا استثناء من قوله: (أن يكون مؤجلا إلى مُدَّةٍ تختلف فيها الأسواق)؛ أي: إلا أن يكون المسلم اشترط قبضه ببلدٍ آخر، فلا يُشترط فيه الأجل البعيد، ويكتفي بأن يكون الأجلُ مقدارَ المسافة، ولو كانت يومًا، وتبع في اليوم ابن بشيرٍ.

وفي السلم الثالث من "المدونة": وإن سلمت إلى رجلٍ في طعامٍ بِبَلَدٍ على أن تأخذه ببلدٍ آخر مسافة ثلاثة أيام جاز ذلك، ابن المواز: أو يومين.

ومفهومها يخالف ابن بشير والمصنف، إلا أن يكون خرج على سؤال، فلا مفهوم له، وإنما أجازوا مع اختلاف البلدين وَإِنْ حَانَ الأجلُ قريبًا؛ لأنه يحصل مع اختلافهما من اختلاف الأسواق، ما يحصل في البلد مع الأجل البعيد.

وقيد ابن أبي زمنين التأجيل بالمسافة بالخروج في الحال، والمسير في البر أو البحر بغير الريح، وإلا فلا بد من ضرب الأجل.

اللخمي: واختُلِفَ إذا شرطا القبض ببلدٍ، ولم يذكر الأجل، ولم تكن عادةٌ، فقيل: ذلك جائزٌ؛ لأن تلك المسافة التي بين البلدين كالأجلِ، فَيُجبَر المسلَم إليه على الخروج بفورِ العقدِ أو التوكيلِ على الوفاءِ، فإذا وصلا أُجبِر على القضاءِ، واستحق القبض حينئذٍ.

وقيل: السَّلَمُ فَاسِدٌ، وهو أَحْسَنُ؛ لأن السلم يَتَضَمَّنُ موضِعًا يُقبض فيه، وَمُدَّةً يقبض إليها، فذكر الموضع لا يفهم منه الأجل.

وقال غيره: ليس هذا بخلاف، ولكن للمسألة صورتان:

إحداهما: أن يكون السلم يحل بالوصول إلى البلد الثاني.

والثانية: أن يطول مقدار زمن الحلول، فلا بُدَّ مع هذا من ضرب الأجل.

وإذا وَكَّلَ من يخرج لإقباض المبيع، (ع): فهل من شرط الوكالة في هذه المسألة: أن يلتزم الموكل أن لا يعزل ذلك الوكيل، حتى يقضي حق المشتري؟ أو لا يحتاج إلى ذكر هذا الشرط؟ لأن الحكم يقتضيه بسبب حق المشتري، فلو عزله لم ينعزل، كما لا ينعزل وكيل الخصومة إذا أشرف على ظهور الحق، أو قاعد خصمه ثلاثًا، وقيل في مسألة السلم قول ثالث: أنَّ للموكِّل عزل الوكيل، لا مطلقًا، ولكن إلى بدل، وفيه نظر، إذ قد يتعلق حق المشتري بعين الوكيل الأول؛ لأنه أسهل قضاء وشبه ذلك، انتهى.

وحكى الباجي عن بعض المتأخرين: أنَّ التوكيل لا يُجزئ إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه، فيبطل سفر المسلم.

الباجي: ويجوز عندي أن لا يكون له عزله، كالوكيل على بيع الرهن.

أما الدنانير أو الدراهم في الذِّمَّة على أن تقبض ببلدٍ آخر، فلا بدَّ من ضرب الأجل فيها، ولا تكفي المسافة، وإلا كان فاسدًا.

والفرق: أن العين تَتَّفِقُ فيها الأسعار، فذكر البلدِ لَغوٌ، ولهذا يأخذُه به حيثُ وجدَهُ أَمَّا لو كانت العَيْنُ مُعَيَّنَةً ببلدٍ آخر فالمسافةُ كافيةٌ كالعُرُوض.

ولا بُدَّ من شرط الخلف، وإن لم يشترط، ففي صحة البيع، قولان:

(ص): **ويجوز تعيين الأجل بالحصاد والدِّراس، وقُدُومِ الحَاجِ، والمعتبر ميقاتُ مُعظَمِهِ، لا الفعل، وبِخُرُوجِ العَطَاءِ، والمُعتَبَرُ الزَّمان**

(ش): أي: ويجوز أن يكون أجل السلم إلى الحصاد، والدراس، وقُدُومِ **الحاج**، وكذلك سائر البيوع؛ لأنه وقتٌ يُعرفُ في العادة، لا يتفاوت. والمعتبر: ميقات معظم زمان الحصاد والجذاذ، سواءٌ كان في ذلك العام حصادٌ أو جَذَاذٌ أو لا، وإليه أشار بقوله: (**لا الفعل**).

(وبخروج العطاء) معطوفٌ على، قوله: (بالحصاد)، والمعتبر أيضًا زمانه، لا نفسه، وإلا امتنع.

(ص): **وإلى ثلاثة أشهر يكمل الشهر المنكسر ثلاثين**

(ش): أي: إذا وقع البيع إلى ثلاثة أشهرٍ، فَإِنْ كان في أَوَّلِ شَهْرٍ، فلا إشكال أَنَّهَا تكون ثلاثة أشهرٍ بالأهلَّة، وإن كان في بعضِ شهرٍ كُمِّل شَهرُ الابتداء **ثلاثين** من الرابع.

وقد اختلف المذهب في العدد والأيمان، هل يُحكمُ بهذا الذي ذكرهُ المصنف؟ أو يُكمَّلُ كلُّ **شهرٍ** ثلاثين مِن الذي يليه؟

(ص): **وإلى رمضان يحل بأول جزءٍ منه**

(ش): أي: وإذا كان أجل المسلم إلى رمضان حل بأول جزءٍ منه، فيحل باستهلاله، وفي عبارة بعضهم: يحل بأول ليلة من الشهر، وذلك أوسع من الزمان الذي يعطيه كلام المصنف.

المازري: وإن قال: إلى يوم السبت، حُمل على طلوع فجره.

(ص): **وفي رمضان بآخره، وقيل: إن كان أجلا يغتفر معه الشهر وإلا نُقِضَ**

(ش): ما صدَّر به المصنف من أَنَّه إذا عقد السلم، على أَنَّه يأخذه في رمضان، أنه يحل بآخره، تبع فيه ابن شاس، وهو قول ابن العطار، لكنه كره ذلك ابتداءً.

قال: وإن وقع لم يفسخ، ويؤيده ما في "المدونة"، فيمن حلف لَيَقْضِيَّن فلانًا حقه

في شهر كذا، وقضاه في آخره، أنَّه لا يحنث.

وجوابه: أنَّ الآجال في الأيمان لا تُنافي التوسعة، بخلاف البيوع، ألا ترى أن الحالف لو صرح، فقال: لأَقْضِيَنَّكَ حَقَّكَ في هذا العام، في أي وقتٍ، فكان له ذلك.

وقيل: إذا مضى معظمُ الشَّهر فقد وجب القضاء. والمنقول عن مالك في "المبسوط " أنه يدفع في وسط الشهر. وقاله ابن القاسم في "العتبية" وفَصَّل.

وقال ابن لبابة: هو أجل مجهول حتى يُسَمِّيَ أي وقتٍ من الشهر، أي: فَيَفسُدُ البيع، وأنكره ابن رزق وغيره.

(ر): وصحح المازري الفساد؛ لتردده بَيْنَ أَوَّلِ الشَّهر، ووسطه، وآخره، وَضَعَّفَ قول ابن العطار بكراهته ابتداءً؛ لأنه إن كان معلومًا فلا وجه لكراهيته، وإلا فسد، ثم وجَّهَ الكراهيةَ باختلاف العلماء.

قوله: (وقيل: إن كان إلى أجل)، هو قول الباجي، وهو: إن كان هذا المقدار إذا نُسِبَ إلى جملةِ الأجل زَادَ الثمن أو نقص، بِأَوَّلِهِ وآخره، فَإِنَّهُ يُفسَخُ، وإن كان الأجل بعيدًا بحيثُ تَكُونُ نسبةُ الشَّهرِ لا تزيدُ ولا تنقُصُ لم يُفسَخ.

واختُلف إذا قال: لصدر شهر كذا، فقال ابن العطار: هو: ثُلُثَاه أو النصفُ.

واحتج بما رواه ابن القاسم في القائل لغريمه: إن لم تقضني صدرًا من حقي يوم كذا، فعلي المشي إلى بين الله، إن لم ألزمك، بحقي كله، فقال مالك: الثلثان أحبُّ إليَّ، ولو قيل: النصف لكان قولا، إلا أن تكون له نيةٌ.

وذهب ابن مالك إلى أن الصدر أقل من ذلك، واختاره ابن سهل، وَحَدَّه بالثلث، لما رواه ابن حبيب عن مالكٍ وابن القاسم وغيره من أصحاب مالك في الحالف ليقضين غريمه إلى أجلٍ سَمَّاهُ، فلما حَلَّ الأجل قضاه من حقه صدرًا مثل: الثلث فما فوقه، فإنه يبر به.

ابن حبيب: ولا أعلمهم يختلفون فيه.

ونصَّ ابن نافعٍ أيضًا على أن الصدر: الثلث، وعلى أن الجُلَّ: الثُّلُثان، واختاره ابنُ رُشْد.

(ص): السادس: أن يكون معلوم المقدار بعادته من كيلٍ أو وزنٍ أو عدٍ أو ذرعٍ أو غيره.

(ش): قوله: (بعادته)؛ أي: بِمَا كانت العادةُ فيه الكيل، فلا ينتقل إلى الوزن كالحنطة، وكذلك العكس كالصوف. قال جماعةٌ: ويجب أن يقدَّر في السلم بعُرفِ

بلدِهِ، فإن غيره مجهولٌ فيه.

(أو عددٍ) كالبيض، قال في "المدونة": ولا بأس بالسلم في البيض عددًا.

الباجي: وصغير الفاكهة يتصور فيه الكيل والوزن والعدد، وَيُحمل على عُرفِ بلدِ السَّلَم، وما يبس منها وَيُدَّخَر: كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر لا يسلم فيه إلا كيلا، قاله ابنُ حبيب، قال: ولا يسلم فيه عددًا، الباجي: وَمَا قَالَهُ فيه بَيِّنٌ؛ لأن المشقة تلحق في عدده، ثم أشار إلى حمل ذلك على عُرفه.

وأما الرمَّان والسفرجل والجوز فروى ابن القاسم عن مالك: أنه يباع عددًا، ابن القاسم: وإن كان الكيل فيها معروفًا، فلا بأس به.

وقال ابن حبيب: يسلم فيه كيلا وعددًا لا وزنًا. وقيل: أَمَّا ما عظُمَ فالعدد فيه أظهر.

ولا ينبغي أن يُعدَّ مثل هذا خلافًا، وَيُحمل على أنَّ كلَّ واحدٍ تَكَلَّمَ على ما علمه من العادة.

وقوله: (أو غيره): كالأحمال والحُزمِ والجرز، وهي: القُبَض، وذلك في البقول والقصيل والقرط والقضب، نَصَّ عليه في "المدونة"، قيل: وذلك بأن يُقَاسُ ذلك بحبلٍ، فيُقَالُ: أسلم لك فيما يَسَعُ هذا، ويجعلانه عند أمينٍ.

الباجي: ولا يجوز أن يتقدر بذرع الأرض، وَجَوَّزَ ذلك أشهب.

لا يُقال: قد أجازَ مَالكٌ في السلم الأول السلم في اللحم تَحَرِّيًا، وليس بمقدارٍ معلومٍ؛ لأنه قال: إذا كان لذلك قدر قد عرفوه. فهو راجع إلى قدر معلوم.

واختلف في صفة ضبطه، فقال ابن أبي زمنين: إنما يجوز فيما قلَّ، وصفه ضبطه أن يقول: أسلفك في لحمٍ يكون قدره عشرة أرطال مثلا، وكذلك الخبز.

وقال ابن زرب: هو أن يعرض عليه قدرًا ما، فيقول: مثل هذا كل يوم، وَيُشهِد على المثال، ولا يجوزُ على شيءٍ يَتَحَرَّاهُ.

وفي السلم الثاني من "المدونة": ومن أسلم في ثيابٍ موصوفةٍ بذراعِ رجلٍ بعينه إلى أجلٍ جاز ذلك إذا أراه الذراع، وليأخذا قياس الذراع عندهما، كما جاز شراءُ ويبةٍ وجَفْنَةٍ بدراهم إن أراهُ الجفنة؛ لأنها تختلف.

واختلف في مسألة الويبة، فقيل ذلك؛ حيث لا مكيال، كما قال في القصعة.

محمد: وقيل: هو جائز كالذراع، واختلف إذا كثرت الويبات والجفنات، وأكثرهم على المنع، ونَصَّ عليه سحنون.

أبو عمران: وظاهر "المدونة" رؤية ذراع الرجل المعين، خلاف ما في "الموازية" : أنَّ السَّلَمَ جائزٌ، وإن لم يره الذِّراع.

وفي "الطرر": إن كان القاضي نصب للناس ذراعًا مُعَيَّنًا لم يجز اشتراط ذراع رجلٍ بعينه، كما لا يجوز ترك المكيال المعروف، والعدول إلى مجهول، فإن لم يكن للناس ذراعٌ منصوبٌ، فلا يجوز السلم على ذراع رجلٍ بِعَيْنِهِ، وإنما يجوزُ على ذراعٍ وسطٍ، أو على ذراعٍ مُطلَقٍ، ويحملان على الوسط.

فرع:

واختُلف في جواز السلم على مثالٍ يريه إِيَّاهُ على قولين حكاهما ابن بشير، قال: ولا ينبغي أن يُعَدُّ خلافًا، وإنما هو خِلافٌ في حالٍ إن قصد بالمثالِ المشابهة في كُلِّ الصفات لم يجز، وإن قصد الصفات العامة جاز.

(ص): **والمعدود كالبيض والباذنجان والرمان والجوز**

(ش): هو ظاهرٌ، وقد تقدم، وشرط في "المدونة" أن يصفا قدر الرُّمَّانة والسَّفَرْجَلَةِ ونحوهما إن كَانَ يُحاطُ معرفتُه، أبو الحسن: وتقاسُ الرمانة بحبلٍ ويضعانه عند أمينٍ.

(ص): **ولو عيَّنَ مِكيالا مجهولا فسد، وإن علمت نسبته كان لغوًا.**

(ش): تصوره واضحٌ، وقوله: (فسد)، يقتضي فسخه إن وقع، وهو المشهور، وكرهه أشهب في الطَّعام ابتداءً، ولا يُفسخُ عنده إن نَزَلَ.

وخفف في "المدونة" شراء العلف والتبن والخبط من الأعراب في السفر بمكيال لا تعرف نسبته من المكيال الجاري بين الناس للضرورة.

واختلف فيما أجازه من ذلك مالك في القصعة للأعراب، وحيث يعدم الكيل، ففي "كتاب محمد": إنَّ ذلك جائزٌ في اليسير. وعن أبي عمران أنه يجوز هنالك في الكثير إن احتيج إليه كاليسير.

(ص): **السابع: معرفة الأوصاف التي تختلف بها القيمة اختلافًا لا يتغابن بمثله في السلم**

(ش): الشرط السابع: ذكر الأوصاف التي تختلف بها قيمة المسلم فيه، اختلافًا لا يتغابن المتبايعان بمثله، وظاهره: أنَّ الصفة إذا كانت لا تختلف القيمة بسببها أنه لا يجب بيانها في السلم، وعبارة غيره أقرب؛ لأنهم يقولون: يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف بها الأغراض بسببها، واختلاف الأغراض لا يلزم فيه اختلاف القيمة، لجواز أن يكون ما تعلق به الغرض صفة يسيرة عند التجار، أو تخلفها صفة

أخرى لها.

وقوله: في السلم مفهومه: أن السلم يغتفر فيه من الإضراب عن بعض الأوصاف، ما لا يغتفر مثله في بيع النقد، ولا ينعكس؛ لأن السلم مستثنى من بيع الغرر، بل ربما كان التعرض للصفات الخاصة في السلم مبطلا له، لقوة الغرر، قاله (ع).

ويشترط أن تكون الصفات معلومة لغير المتعاقدين؛ لأنه متى اختصَّ المتعاقدان بعلمها دَلَّ ذلك على ندورها، والندور يقتضي عزة الوجود، وأيضًا فاختصاصهما بها يُؤَدِّي إلى التنازع بينهما.

(ص): ويرجع فيها إلى العرف، فقد تختلف باختلاف البلاد

(ش): أي: يُرجع في تعيين تلك الأوصاف التي تختلفُ بها القيمةُ إلى العوائِد، فَرُبَّ صِفةٍ تعتبرُ في نوعٍ دون غيره، وفي بلدٍ دُون آخر، واستغنى المصنف بهذا الضابط عن مسائل ذكرها أهلُ المذهب، لاندراجها فيما ذكره، وهذا الضابط ذكره المازري، قال: ويحتاج في التمر إلى ذكر النوع والجودة والرداءة - قال: وزادَ بعضُ العلماء البلد، واللون، وكبر الثمرة وصغرها، وكونه جديدًا أو قديمًا، ويحتاج في القمح إلى هذه الأوصاف أيضًا.

واشترط العلماءُ في القمح وصفًا سابعًا: وهو كون القمح ضَامِرًا أو مُمْتَلِئًا، ورأى أن الثمن يختلف باختلافه، ورأى أنَّ الضامر يَقِلُّ ريعه.

لكن الشيخ أبا بكر بن عبد الرحمن حمل المذهب على أنه لا يلزم اشتراط القِدَمْ والجِدَّة في القمح، واحتجَّ بالرواية الواقعة في السلم أنه إذا أسلم في قمحٍ، فأتاه بقمحٍ قديمٍ أنه يجبر على قبوله.

زاد ابنُ يونس عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال: لا يختلف العتيق عندنا بإفريقية.

ابن يونس: وهو يختلف عندنا بصقلية، فلا يجوز حتى يشترط قديمًا من جديد.

وهل يجبُ أن يُبَيِّنَ السَّمرَاءَ من المحمولة إن كان بمحل ينبتان فيه ولا غالب؟ وجب بيانه، وإلا فسد.

وإن كانا يُجلبان إليه، فرأى ابن حبيب أن تركه لا يفسد، ورأى الباجي أن مقتضى الروايات خلافُ قوله.

ابن بشيرٍ: ولا ينبغي أن يعد خلافًا، بل إن اختلف الثمن بهما وجب ذكره وإلا فلا، أما إن لم يكن إلا واحدًا فلا يجب البيان.

واختلف في مثل مصر، فقيل: لا يفتقرُ إلى الجنس؛ لأن قمح مصر جنسٌ واحدٌ في الغالب، وهو المحمولة.

وقال ابن عبد الحكم وغيره: لا بُدَّ أن يُسمَّى الجنسُ، وإلا فُسخَ البَيعُ.

والأول مذهب "المدونة"، ففيها: وَيُقضَى بمصرَ بالمحمُولَةِ، وبالشام بالسَّمراء، قال: وإن أسلم بالحجاز حيثُ تجتمع المحمولةُ والسَّمراءُ، ولم يسم جنسًا، فالسلم فاسد.

فرع:

قال ابن عبد الغفور: وإذا سمى القمح طيبًا، ولم يقل: جيدًا فالسلم تام، وقاله ابن حبيب.

وقال ابن كنانة: لا بد أن يقول: جيدًا، وإلا لم يجز على مذهب "المدونة"، نقله (ر).

(ص): **فإن لم يمكن كتراب المعادن والدور والأرضين لم يجز، بخلاف غيرها**

(ش): أي: فإن لم يمكن ذكر تلك الأوصاف لم يجز السلم فيه، ومثله بشيئين:

أولهما: تراب المعادن، قال في "المدونة": لأن صفته غير معروفة.

ثانيهما: الدور والأرضون، وفي التمثيل بهما نظر؛ لأنه مما يمكن صفتها، وإنما امتنع السلم فيهما؛ لأن وصفهما مما تختلف الأغراض به، فيلزم تعيينهما، فيؤدي إلى السلم في معين - ذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه خرج قولا بجوازِ السَّلَم في العقار مِمَّا قاله أشهب أنه يسلم في البقول فدادين - لأنه إن لم يُوصف الفدان لم يجز السلم، وإن وصف بمكانه صار مُعينًا.

قال صاحب " المقدمات": أربعة أشياء لا يصحُّ السلم فيها، فذكر الاثنين اللذين ذكرهما المصنف، وألحق بتُراب المعادن الجزاف فيما لا يصح بيعه جزافًا.

قال: والثالث: ما يتعذر وُجُودُه من الصفة، والرابع: ما لا يجوز بيعه بحالٍ، كتراب الصواغين وجلود الميتة.

(ص): **فيذكر في الحيوان النوع واللون والذكورة والأنوثة والسن، ويُزَادُ في الرقيق القد، وكذلك الخيل والإبل وشبههما**

(ش): مذهبنا جواز السلم في الحيوان، ومنع جماعة من الشيوخ السلم في الآدمي، ولا سيما جواري الوطء، وعلى هذا النوع نَصَّ بعضهم المنع اعتقادًا منهم أن الصفات في ذلك لا تنضبط.

وذكر المصنف في الحيوان خمسة أوصاف:

أحدها: النوع، فيحتمل أن يريد به النوع حقيقة، كنوع الإنسان والإبل، ويحتمل أن يريد به الصنف، كالرومي والتركي، ولا بُدَّ من ذكرهما.

الثاني: اللون، وجعله المصنف مُعْتَبَرًا فِي جميع الحيوان، وقد نَصَّ في "الجواهر" على اعتباره في الإبل والخيل، ولم يذكره في الطير.

واعلم أن ذكر الجنس يغني عن اللون في الرقيق، فَجِنْسُ النُّوبَةِ السَّوَادُ، والروم البياض، والحبش السُّمرة، لكن يُحتاجُ على هذا إلى بعض عرضيات النوع، كالذهبي والأحمر والبياض الشديد.

وذكر سَنَدٌ أنَّ اللون لا يُعتبر عندنا في غَيرِ الرَّقيقِ، ولَعَلَّهُ اعتَمَدَ على المازري، فإنه لم يذكر اللونَ في غيره، وليس بظاهرٍ، فإنَّ الثَّمنَ يختلفُ به، وقد ذكره بعضهم في الخيل وغيره من الحيوان، ابنُ بشيرٍ وغيره: وحظ الفقيه المُفتي في هذا أن يُحيل على العارفين بالعوائد، فما حكموا أنَّ الأثمان والأغراض تختلف به يجبُ ذكرُه.

الثالث: الذكورة والأنوثة: وهما معتبران في جميع الحيوان؛ لاختلاف الثمن بهما.

الرابع: السن، وهو أيضًا مطلوبٌ في الجميع.

الخامس: يختص بالرقيق، وهو: القَدّ، وفي بعض النسخ: القدر، والمعنى واحدٌ، فيقول: طويلٌ أو قصيرٌ أو متوسطٌ.

قوله: (وكذلك الخيل والإبل)، ظاهره: أَنَّهُ يشترطُ فيهما وما أشبههما أيضًا ذكر القد، وذكر سَنَدٌ أنه لا يشترط ذلك فيما عدا الإنسان، فانظر ذلك.

وبقي عليه من شروط الحيوان: الجودةُ والرَّدَاءَةُ، وإن كانت أنثى: الثيوبة والبكارة. ذكرهما المازري على أنه قال في الثيوبة والبكارة، إن كان الثمن يختلف بذلك. وقيده سندٌ بالعَلِيَّات.

(ص): **ولا يُشترط في اللحم فَخذٌ ولا جَنبٌ ولا يُؤخَذُ من البطنِ إلا بعادةٍ، وقال ابن القاسم: أيكون لحم بلا بطنٍ، قيل: فما مقداره؟ قال: ﴿قَدْ جَعَلَ اللهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ [الطلاق: ٣]؛ لأنها كانت عادتهم.**

(ش): للسَّلم في اللَّحم شروط:

أولها: الجنس، من إبلٍ أو بقرٍ أو معزٍ.

ثانيها: السن من صغيرٍ أو كبيرٍ، اللخمي والمازري، فيُقال: ثني أو رباعي أو جذع.

ثالثها: السِّمَنُ والهـزَالُ، ويُقضَى في مُطلَقِهِمَا بالعُرفِ، قاله في "الموازية"

و"الواضحة": وَيُخْتلفُ فيه كَمَا في مُطلَقِ الجَودَةِ في الطَّعَامِ، هل يُقْضَى فيها بالعُرفِ الغَالِبِ؟ أو ما يتناولُه الاسمُ فقط؟

رابعها: الرَّاعي والمعلُوف، قاله المازري.

الباجي: وَلَمْ أَرَ لأصحابِنَا تفريقًا بين الذكورة والأنوثة، فإن كان مُؤثِّرًا في الثمن لَزِمَ ذِكرُه، ونحوه لعبد الوهَّاب، وغيره وشرطه أصحاب الشافعي - رحمه الله تعالى -: زاد المازري: والخصي والفحل.

وقال الباجي: لم أر لأصحابنا فيه تفريقًا.

سند: وعندي ذكره أحسن.

ابن حبيب وابن المواز: ليس عليه ذكر موضع اللحم.

ابن حبيب: وإن ذكر فحسن.

ابن القاسم: وإنما يشترطه أهل العراق، وهو معنى قول المصنف: (ولا يشترط في اللحم فخذ ولا جنب).

وقال عبد الوهاب: إن اختلفت الأغراض بموضعه من الشاة ذكره. قال:

ولا يُؤخذ من البطن إلا بِعَادَةٍ، وكلام ابن القاسم لا يُخَالِفُه؛ لأنَّ العادة كانت جارية بأخذها.

وفسَّر في "المدونة"، قوله: ﴿قَدْ جَعَلَ اللهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ بأن ذلك على قدر البطن من قدر الشاة.

(خ): والعادة الآن جارية بمصر أن البطون لا تخلط باللحم.

(ص): ويذكر في الثوب: النوع والرقة والغلظ والطول والعرض

(ش): النوع؛ أي: من قُطْنٍ أو كِتَّانٍ. (والرِّقَّة والغلظ والطول والعرض)، زاد المازري، والصفاقة والخفة والبلد؛ لاختلاف الثمن باختلاف البلد، وكأن المصنف استغنى عن ذكر هاتين الصفتين اكتفاءً بما قدَّمه، حيث قال: معرفة الأوصاف التي تختلف بها القيمة. وليس عليه أن يذكر وزنه، ولا جيدًا، قاله ابن القاسم في "المدونة".

سند: ورأى أن الجودة تدخل تحت غيرها من الأوصاف[1].

(ص): ولو اشترط في الجميع الجودة والرداءة، جاز وحمل على الغالب، وإن لم

---

(١) لو اشترط في الجميع الجودة أو الدناءة جاز وحمل على الغالب وإن لم يكن فالوسط.

الباجي : الصواب عندي أن ما دفعه المسلم إليه مما يقع عليه الصفة لزم قبضه ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة. انظر: التاج والإكليل: ٣٨٠/٤.

يكن فالوسط

(ش) مراده - والله أعلم - بالجميع: جميع أنواع المسلم فيه، ويحتمل ما تقدم له من الثياب والحيوان، وأما الطعام فقد ذكروا أنه إذا ذكرت صفة، فلا بد أن يصفه بالجودة والرداءة أو الوسط؛ لأن الصنف يختلف بذلك، انتهى.

وقد تقدم من كلام المازري أنه يشترط في الحيوان ذكر الجودة والرداءة.

وأما اللحم فلم ينصوا عليها فيه.

قال في "المدونة": وإن لم يذكر في الطعام الجودة والرداءة فالسلم فاسد.

التونسي: اجتزى في صفة الطعام أن يقول: جيد، ولم يجيز في صفة الحيوان بعادةٍ، ولا من الثياب بجيدٍ، والفرق بينهما: أنَّ الطعام يُعرفُ الجيد منه، فلا يختلف الجيد منه اختلافًا متباينًا، فيكون له وسط الجيد، والفاره من الحيوان والجيد من الثياب تختلف اختلافًا متباينًا لا متقاربًا.

ثم هل يكفي ذكر الجودة فيما هي فيه شرط؟ - وهو المذهب - أو لا بُدَّ مِنْ أَنْ يَقُولَ: غاية الجودة؟ وإلا بطلَ السَّلَمُ، قاله ابن العطار، وزيفهُ الباجيُّ، بِأَنَّ الغاية غَيرُ مَحْصُورَةٍ، وَبِأَنَّهُ لا يلزمُ ذلك في سائرِ الأوصاف، كالطولِ والقِصرِ والبياضِ والسَّوادِ.

ثُمَّ إذا اشترط الجودة، فقال ابن حبيب وابن المواز: يُقضى بالغالب من الجيد. وإليه أشار بقوله: (يُحملُ على الغالب). وإن لم يكن غالب، فقال الباجي: يحمل على ما يقع عليه اسم الجيد.

سند: ورأى غيره أنَّ العرف يقتضي في الإطلاق الوسط من الجيد، كما في النكاح على غنمٍ موصوفةٍ، وعلى هذا الأخير اقتصر المصنف.

(ص): **أداؤه بجنسه بعد أجله بأردى أو بنوعٍ آخر يجوز، وبأجود يجب**

(ش): أي: أداء المسلم فيه، ومراده في هذا الفصل الكلام على حكم اقتضاء المسلم فيه جوازًا أو منعًا.

(ع): والباء للمُصاحبة في الثلاث، والأولى والثانية مجازٌ؛ لأن الشيء لا يفارق جنسه ولا نوعه، والثالثة حقيقة؛ لأن صفتي الجودة والدناءة يعتوران على الماهية. انتهى.

وقال بعضهم: الأولى بمعنى عن، (وأداؤه): خبرُ ابتداءٍ على حذفِ مُضافٍ؛ أي: هذا بابُ أدائه، كسائر التراجم.

وقوله: (بجنسه)، خبر ابتداءٍ محذوفٍ؛ أي: إتيانه بجنسه، (وبأردى) بدلٌ من جنسه.

ولا يُقالُ: فيه إبدالُ مشتَقٍّ من جامد؛ لأنا نقول: هو غير ممتنع، وإنما هو قليل، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في "الجواهر".

وتكلم المصنف على الأردى والأجود، ولم يَتَكَلَّم على المُساوي، لوضوحه.

واحترز (بالجنس) من غيره وسيأتي، (وَبِبُعْدِ أَجَلِهِ) من قبله وسيأتي.

وقوله: (بأردى)، يريدُ: سواء كان من نوعه أو من نوعٍ آخر، كمحمولة عن سمراء؛ لأنه حسن اقتضاء.

وَنَبَّهَ بقوله: (يجوز)، على أَنَّهُ لا يجبُ القَبولُ.

وكلامُ المصنف عام بالنسبة إلى الطعام وغيره.

(عُ): وفي الطعام إشكال؛ لأن المخالف في الصفة أو في النوع إن كان عين ما في ذمته وجب قبوله، وإن لم يكن - وهو الحق - فلا يجوز قبوله، وإن اتفقا عليه؛ لأن قبوله بيع ثان، فيدخل تحت عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

لا يقال: مقتضى إطلاق المصنف جواز اقتضاء الأردى، وإن كان أقل كيلا، وقد منعه ابن القاسم في السلم الثالث كمن أخذ خمسين محمولةً عن مائة سمراء إذا كان بمعنى الصلح والتبايع، وأما إن كان على الإبراء فجائزٌ، كمن أخذ خمسين عن خمسين، وبقيت له خمسون، ثم أبرأه منها بعد ذلك فيجوز؛ لأنا نقول: إنما تكلم على الأردى المساوي في الكيل، وقد نَصَّ سَنَدٌ على أنه لا يجوز أن يُقتضى أحدُ النوعين عن الآخر إذا خالفه في القدر، وأنه لو نقص كفًّا واحدًا لم يَجُز.

فرع:

منع مالكٌ اقتضاءَ دقيقٍ من قمحٍ، وبالعكسِ؛ مراعاةً لمن قال: إنهما جنسان، فيؤدِّي إلى بيع الطَّعام قبل قبضه.

قوله: (وبأجود يجب)، هو معطوف على قوله: (بأردى)، ومعناه: إذا قضاه جنس ما في الذمة ونوعه، ولكنه أجود صِفَةً، فإنه يجب قبوله؛ لأنه حصل المقصود وزيادةٌ، وتبع في وجوب القبول ابن شاس، (ع): وهو قول غير واحدٍ من المتأخرين.

(خ): والمذهب خلافه؛ لأن الجودة هبة، ولا يجب قبولها.

وفي الصرف من "المدونة": ومن أقرضته دراهم يزيدية، فقضاك محمديةً، أو قضاك دنانير عُتقًا من هاشميةٍ، أو سمراء من محمولةٍ، أو من شعيرٍ، لم تُجبر على أخذها حَلَّ الأجلُ أو لم يحلَّ. ابن القاسم: وإن قبلتها جَازَ في العين من بيعٍ أو قرضٍ قبل الأجل وبعده. والمحمدية والعتق والسمراء أفضل.

(ص): وقبله بصفته يجوز

(ش): أي: قضاؤه قبل الأجل من نوع ما في الذمة وصفته جائز، فإن أبى من الأخذ لم يلزمه؛ لأن الأجل في السلم من حق كل من المتبايعين.

وتحرَّز (بصفته) من الأجود منه أو الأردى، فلا يجوز؛ لأنه في أخذ الأجود حطُّ الضَّمان وأزيدك، وفي الأردى ضَع وتعجَّل.

(ص): وإن زاده قبل الأجل دراهم على ثوبٍ أطولَ أو أعرضَ جَازَ إن عَجَّلها، وفيها: لأنهما صفقتان، كغزل ينسجه، ثم زدته ليزيدك طولا، وقال سحنون: دينٌ بدينٌ بخلاف الإجارة؛ لأنه مُعَيَّنٌ

(ش): أي: وإنْ زَادَ المسلم للمسلم إليه، في ثوبٍ موصوفٍ دراهم على أن يأخذ ثوبًا أطول من ثوبه - زاد في "المدونة": من صنفه أو من غير صنفه - جاز إن عجَّلها؛ أي: الدراهم، هذا ظاهرُ لفظه، وهو الذي قاله (ع)، وصَرَّحَ به في "الجواهر".

واعترضت هذه المسألة بأنَّ الثوب الأطول إما أن يكون مُعَيَّنًا، أو في الذمة، فالمعين حاضرٌ لا معنى لاشتراط تعجيل الدراهم؛ لأن الثوب الطويل حينئذٍ يكون بعضه مأخوذًا عن الثوب القصير الذي في الذمة، وبعضه مبيعٌ بالدراهم، ويصح بيع ذلك البعض بنقدٍ وبنسيئةٍ، وإن كان في الذمة لم يجز، وهو ظاهر ما فهم سحنون؛ لأنه إن اشترط تعجيل الثوبَ الأطول يلزم السلم الحال، وإن كان لم يشترط فهو فسخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ.

وقال بعض من تكلم هُنَا: إن ضمير (عجلها)، عائدٌ على الزيادة؛ أي: يجوز بشرط تعجيل الزيادة؛ لأنه إن تأَخَّرت، وكانت على صفته فهو: بيعٌ وسلفٌ، تأخيره مما عليه سلف، والزيادة بيع بالدراهم، وإن كان على غير صفته، فهو: دين بدين.

وأما ثمن الزيادة فيجوز تأخيرها، قال في كتاب الصرف من "المدونة"، فيمن لك عليه لحم أو حيتان، وأقضيته منه، فوجدت فيه فضلا عن وزنك:

فجائزٌ شراؤك تلك الزيادة، بنقدٍ أو إلى أجلٍ، إن كان الأجل قد حل.

(خ): وفيه نظر، والظاهر ما قاله (ع).

وما ذكره من مسألة الحيتان ليس فيها دليل؛ لأنه لما أتى بما عليه، وفضلت فضلةٌ، واشتراها، كان ذلك شراءً محضًا، ليس من السلم في شيءٍ.

ثُمَّ لا يَصِحُّ على هذا إلا أن يُحمَل، قوله: (عجلها)؛ أي: عند الأجل مع الأصلِ، وليسَ هو ظَاهِرٌ؛ إذ المسألة مفروضة قبل الأجل، فإن ابن يونس وغيره إنما نقلوا قول

سحنون: قبل الأجل. وعلى هذا فليعتمد في كلام المصنف على نسخة (قبل الأجل)، وإن كان الواقع في أكثر النسخ (بعد الأجل)[1].

وقد ذكر سند الإجماع على الجواز بعد الأجل، إذا كان المزيد فيه على الصفة، يعني: بشرط أن يعجل الجميع، قال في "المدونة": وإن أسلمت في ثوبٍ موصوفٍ، فزدتَه بعد الأجل دراهم، على أن يعطيك ثوبًا أطول منه، في صفته من صنفه، أو من غير صنفه جاز، إذا تعجلت ذلك.

أي: وأما إن لم تتعجله فلا يجوز؛ لأنه بيعٌ، للزيادة، وسلف، لتأخير الثوب الأول.

ابن يونس: فإن قيل: لم منع التأخير بعده لعلة البيع والسلف؟ وأجاز ذلك قبل الأجل، ولم يجعله ثوبًا مُؤجلا ودراهم نقدًا، بثوبٍ مُؤَجَّلٍ أطولَ منه، فيكونُ دَيْنًا بِدَيْنٍ - كما قال سحنون -؟

قيل: الفرقُ أَنَّهُ قبل الأجل لم يملك المسلمُ تعجيل الثَّوبِ حتى يعدَّ تأخيرُه به سَلفًا، وأمَّا بعدَه فقد ملكَ تعجيل الثوب، فيكون تأخيره به سلفًا، والزيادة بيع، فيدخله البيع والسلف.

وقوله: (وفيها: لأنهما صفقتان)، استدل به في "المدونة" على الجواز في جواب السائل، لما قال له: لم أجزته وقَد صارت صفقة واحدة فيها دراهم نقدًا، ودراهم إلى أجلٍ، بثوبٍ إلى أجلٍ؟

قال: ليس هي صفقةٍ واحدةٍ، ولكنهما صفقتان، ولتحقق أنهما صفقتان، إنما يجوز ذلك بشرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم؛ لأنها صفقةٌ ثانيةٌ، وعلى هذا فيلزم تقديمُ الثمن[2].

وقيد عبد الحق ما في "المدونة"، فقال: يريد أنَّه لو شرط عليه في أصلِ العقد: إني أزيدُك بعدَ مُدَّة كذا وكذا لم يجز.

ولو قال: أسلمتُ إليك في كذا على أني إن زدتك في الثمن، زدت في الطول لم يجز أيضًا؛ لأنها صفقة واحدة عُقِدَت على غَرَر.

وقوله: (كغزل ينسجه)، استدلال من ابن القاسم لقول مالك في النسج، ونصه: وقال لي مالك: لا بأس في النسج إذا دفع الرجل الغزل للنساج على أن ينسج له ثوبًا،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٨٤، وشرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٧٢.

(٢) انظر: الكافي: ٢/٨٠٣، والذخيرة: ٨/٥٧.

ستةً في ثلاثة فزاده درهمًا، وزاده غزلا على أن يجعله سبعةً في أربعةٍ، فقال السائل: مسألتي بيعٌ، وهذه إجارةٌ، فكيف يكونُ مثلُه؟ قال: الإجارةُ عندَ مالك بيعٌ مِنَ البيوع؛ أي: أنَّ الإجارةَ والبيعَ كلاهما عقدُ مُعاوضةٍ ماليةٍ، ويمتنع فيها الغَرَر، ويقعانِ على مضمونٍ ومعيَّنٍ، فما يمتنعُ في أحدهما يمتنعُ في الآخر.

قوله: (وقال سحنون: دينٌ بدينٍ)؛ أي: لأن الزيادة في طول الثوب تغيير للصفقة الأولى، كالزيادة في صفاقته وخفته[1].

وقوله: (بخلاف الإجارة؛ لأنه معين)؛ أي: إن سحنونًا فرق بين السلم والإجارة، فإنه قال في السلم: نقله من مضمون إلى مضمون، وذلك فسخ دَينٍ في دَينٍ، والإجارة: المستأجر عليه معين، فهو في حكم المبيع المعين، ولهذا يجوز فيها تأخير العوض، ولولا أنها في حكم المعين لما جاز تأخير العوض فيها؛ لأنه يكون دَينًا بِدينٍ.

قال في "النكت": وفي قول سحنون نظر؛ لأن الإجارة أيضًا في ذِمَّتِهِ، ألا تَرَى أَنَّهُ لَو مَاتَ لم تنفسخ الإجارةُ، ويُستأجر من ماله من يتمُّ العمل، فصار كل منهما دينًا عليه.

تنبيه:

إنما وقعت المسألة في "المدونة" في ثوب أطول، والمصنف قال: (أطول أو أعرض). وفيه نظرٌ، ومقتضى كلام اللخمي أنَّ الأعرض يُتَّفق فيه على المنع؛ لأنه قال: إن زاده دراهم قبل الأجل؛ ليأخذ إذا حل الأجل أصفق، أو أرق، أو أعرض لم يجز، وهو فسخ دينٌ في دينٍ، ويجوز ذلك إذا حَلَّ الأجَلُ، إِذَا كان يَقبض العرض الثاني قبل الافتراق[2].

وإن زادهُ قبل الأجل ليأخذ أطول، وهو على الصفة في الجودة، جَازَ ذَلِكَ عِنْدَ ابن القاسم، وقال سحنون: هو فَسْخُ دَينٍ في دَينٍ، والأوَّلُ أصوب.

وهو مقتضى كَلامُ ابن يُونُس.

(ص): وبغير جنسه بعد أجله يجوز بثلاثة شروط: أن يكون المسلم فيه مِمَّا يُبَاعُ قبل قبضه، فيخرج الطعام

(ش): أي: وإن كان قضاء المسلم فيه بجنسٍ مُخَالِفٍ لجنسِه، وذلك بعد أن حَلَّ أجلُ السَّلَم، فإنَّه يجوز بثلاثة شروط:

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٥٠٢/٧، والتاج والإكليل: ١٠٥/٩.

(٢) انظر: منح الجليل: ١٣١/١٣، وحاشية الدسوقي: ٤٩٧/١٣.

أولها: أن يكون المسلم فيه مِمَّا يُباعُ قبل قبضه.

احترز به مِمَّا إذا كان المسلم فيه طعامًا، فلا يجوزُ أن يُقتضَى عنه مِن غَيْرِ جِنسِه، كما لو اقتضى فولا أو عَرضًا عن قمح.

وأجازوا إذا أسلم في سمراءَ أن يأخذ عنها محمولةً وبالعكس، وكذا القَمحُ والشعيرُ، وكان ينبغي أن يحتاطوا بالمنع؛ لأنه قد قيل: إنهما جنسان، كما احتاطوا بالمنع في القمح والدقيق كذلك[1].

(ص): **وأن يكون المقتضى مِمَّا يسلم فيه رأس المال، فيخرج أخذُ الطَّعام ورأسُ المال طعام، والذهب بالورق وعكسه والعروض بصنفها**

(ش): هذا (ثاني الشروط)، وهو: أن يكونَ المقتضى - أي: المأخوذ - عِوَضًا عَمَّا في الذمة مما يَصِحُّ أن يسلم فيه رأس المال، وذكر أنه احترز بهذا الشرط من ثلاث مسائل، وتصورها واضح، ومنعت سدًا للذريعة، ويستثنى من الأولى: إذا كان الطعام المأخوذ مساويًا لرأس المال، فإنه يجوز ويعد إقالة، ومن الثانية: ما إذا زاد أحد العوضين على الآخر زيادةً كثيرة؛ لِبُعدِ التُّهمة حينئذٍ عن الصَّرفِ المستأخر، ومن الثالثة: ما إذا كانت العُرُوضُ المأخوذة مثل رأس المال.

(ص): **وأن يكون المقتضى مما يباعُ بالمسلم فيه يدًا بيدٍ، فيخرج أخذُ اللحم عن الحيوان وعكسه**

(ش): هذا (ثالث الشروط) وتصوره واضحٌ.

(ص): **وقيل: أجله يزادُ وأن يكون المقتضى مِمَّا يُبَاعُ بالمسلم فيه إلى أجل فيخرجُ صنفُ المسلم فيه الأعلى والأدنى**

(ش): هذا قسيم، قوله: (بعد أجله)، يعني: وإن أدَّاهُ بغير جنسه قبل أجله اعتبرت الشروط الثلاثة، وزيدَ قَيدٌ رَابعٌ، وهو: أن يكون المقتضى مما يصحُّ سلمه فيما ثبت في الذمة إلى أجل، فلا يجوز أخذُ أعلى أو أدنى؛ لأنه في الأعلى يلزمُ حطُّ الضَّمانِ، وأزيدك، وفي الأدنى ضَعْ وتَعَجَّل، والظاهر: أن مراده بالأعلى والأدنى.

الأعلى والأدنى في الصفة؛ لأنه غالب اصطلاح الفقهاء، ويكون سكت عن الأكثر والأقل في القدر؛ لأنه مساو له، وإن كان (ع)، قال: الأقرب أن المصنف أراد الأعلى والأدنى في الصفة والمقدار.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/٦٥١، وشرح ميارة: ٢/٢٢٨.

(ص): وفي اشتراط زماني سلم لتوسط المقتضى، قولان

(ش): يعني: أنه اختلف هل يضم إلى الشروط السابقة شرط آخر، وهو: أن يكون قد مضى من يوم عقدِ السَّلَم إلى زمان الاقتضاء أجل السلم، وأن يكون قد بقي فيما بين الاقتضاء وحلول الأجل الأول مقدار أجل السلم على قولين: حكاهما ابن بشير، وذلك أنا لما اشترطنا صحة سلم رأس المال في هذا المقتضى، واعتبرنا أيضًا أن يكون المقتضى مما يجوز سلمه في المسلم فيه، استلزم ذلك عقدتي سلم[١].

وقيل: لا يشترط ذلك في الصورتين؛ لأن اشتراط الأجل في السلم ليس بالقوي، فلا يتحرز منه بخلاف ما تقدم من الشروط.

وبنى ابن بشير القولين: على أن المأخوذ عمَّا في الذمة، هل هو سلف فلا يشترط الأجل؟ أو بيعٌ فيشترط؟

وذكر بعضهم: أن هذا الخلاف إنما يحسن إذا كان المقتضى مخالفًا في الجنس.

وأما إن كان موافقًا فلا يشترط الأجل؛ لأنه في معنى القرض، والقرض يجوز حلالا ومؤجلا، نعم يشترط فيه ما يشترط في القرض[٢].

(ص): الزمان: ولا يلزم قبول المسلم فيه قبله بالكثير، وباليوم وباليومين يلزم

(ش): لما فرغ من شُروط السَّلَمِ وآدابِهِ شرع في زمانه ومكانه، ولما كان الزَّمان في السلم من حقهما لم يكن للمسلم ولا للمسلم إليه التعجيل إلا برضاهما، وهذا هو القياس، لكن استحسن جماعةٌ من المتأخرين ما رواه أشهب عن مالك أنه إذا قدَّم المسلم إليه السلم باليوم واليومين لزم المسلم قبوله، وعلى هذا اقتصر المصنف؛ لأن التأخير إنما كان من حق المسلم؛ لاختلاف الأسواق واليومان لا تختلف فيها الأسواق غالبًا[٣].

ولهذا قَيَّد بعضهم هذا بما إذا كانت قيمة السلعة الآن مساوية لقيمتها بعد يومين،

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٧/١١٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٦٧.

(٣) محل لزوم قبول المسلم للمسلم فيه : بعدهما إذا أتاه بجميعه، فإن أتاه بجميعه، فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله حيث كان المدين موسراً. وأما القرض ففي ابن عرفة ما نصه : وفي جبر رب دين حال على قبض بعضه وقبول امتناعه حتى يقبض جميعه والمدين موسر نقلا ابن رشد ورواية محمد بن أبي زيد عن ابن القاسم، ولعل الفرق أن القرض بابه المعروف والمسامحة. انظر: بلغة السالك: ٣/١٧٧.

وظاهر "المدونة" خلافه، لقوله: وإن كان لك على رجلٍ طعام من سلمٍ فأتاك به قبل الأجل لم تجبر على أخذه، وإن كان من قرض جبرت على أخذه.

لكن ذكر ابنُ محرِز عن الأشياخ أنهم فهموا الكتاب على ما رواه أشهب.

(ر): ولو حلَّ الأجل وكان رب السلم غائبًا، ودفع المسلم إليه إلى القاضي، وقال: لا أرضى ببقائه في ذمتي، فاقبضه للغائب أيها القاضي، فحكى التونسي: أنه يلزم القاضي أخذه وإيقافه للغائب، ومثله في "المدونة" في باب المفقود، وظاهر ما فيها من العيوب خلافه.

(ص): والمكان: ما يشترط، وإلا فمكان العقد

(ش): تصوره واضح، وما ذكره من الصحة إذا لم يشترط المكان هو المشهور.

(ر): وفي "كتاب ابن حارث " إذا لم يذكر موضع القضاء فسد السلم.

(ص): فلو عين الفسطاط جاز، فلو تشاحَّا فسوقها

(ش): أي: إذا اشترطا التسليم بالفسطاط جاز، وهذا مأخوذٌ مما تقدم، وإنما مراده به التوصل إلى ما بعده من التشح؛ أي: إذا تشاحا في جهاته قضي بالتسليم في سوق تلك السلعة؛ لأنه أخص بقاع البلد، وهذا هو المشهور.

وقال سحنون في "الموازية": على المسلم إليه أن يوصله إلى دار المسلم.

التونسي: وهو المحكوم به اليوم؛ لأن الناس اعتادوا ذلك، وهكذا أشار إليه اللخمي أن الاعتبار بالعادة[1].

فرعان

الأول: إن لم يكن للسلعة سوقٌ، فالمشهور أنه يلزمه القبول حيثما قضَاه.

وقال سحنون: بدار المسلم.

وقال ابن القاسم - في سماع عيسى -: بالموضع الذي قبض رأس المال.

ابن بشير: وهذا ليس بخلاف، وإنما يُنظرُ إلى العوائد[2].

الثاني: إذا اختلفا في الموضع الذي شرطا القبض فيه، فقال ابن القاسم: القولُ قولُ من ادَّعى موضع العقد، وإلا فقول المسلم إليه إن أتى بما يشبه، وإلا فقول المسلم إن أتى بما يشبه، وإن تباعدا تحالفا وتفاسخا.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٥٨/٨.

(٢) انظر: الكافي: ٨٠٦/٢.

وقال سحنون: القول قول المسلم، وإن ادَّعى الآخر موضع العقد؛ لأنه صاحب الحق.

وقال أبو الفرج: إن لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا؛ لتساويهما.

(ص): **فإن ظفر به في غيره وكان في الحمل مؤنة لم يلزمه، وإلا فقولان**

(ش) يحتمل: فإن ظفر من عليه الدَّين بالطالب، وأراد المدين التعجيل فامتنع الطالب، ويحتمل عكسه، فعلى الأول قال ابن بشير وغيره: المسألة على ثلاثة أقسام:

١ - إن كان الدين عينًا وجب القبول، قال في "أنواره": إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير، كما لو حصل في الدين خوف أو فيما بين البلدين.

٢ - وإن كان الدَّين عُرُوضًا لَهَا حملٌ أو طعامًا فلا يُجبر على قبوله، وإن لم يكن لها حمل كالجواهر، فقولان: المشهور أنه كالعروض. وقيل: كالعين.

قال: وهو خلافٌ في شهادة، إن كان الأمنُ في الطريق فكالعين، وإلا فلا، قال: وهذا إذا كان من بيع.

٣ - وأما القرض فيجبر على قبوله مطلقًا.

وعلى الثاني: فنصَّ محمد وغيره أَنَّهُ ليس للطَّالِبِ جَبرُ المطلوب مُطلقًا، اللَّخميُّ: ولأشهب عند محمدٍ ما يُؤخَذُ منه أَنَّهُ إِذَا كَانَ سعرُ البلدين سواء، أو هو في البلد الذي لقيه أرخص، أنه يجبر المسلم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه.

وحمل (ع) المسألة على هذا الثاني، وقد يقال: هو الأقرب إلى لفظه، ولعل الأول هو المتعين؛ لأن ذكر مؤونة الحمل إنما يناسب إرادة المطلوب بالتعجيل، ولأنه كذلك منقول[1].

ويفهم من قوله: (لم يلزم) أنهما لو اتَّفقا على ذلك جاز[2].

وقال (ر): إن اتفقا ودفع الكراء فلا يجوز، كما سيأتي من كلام المصنف، وإلا لم يدفع له شيئًا جاز في العروض، سواء حل الأجل، أو لم يحل، وأما الطعام فيجوز إن حل الأجل، وإن لم يحل لم يجز، قاله في "الموازية".

واعترض ذلك ابن الكاتب والتونسي وابن محرز، وقالوا: لا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله؛ لأن القضاء لا يلزمه هناك، فأشبه عدم الحلول، ولأن مسافة

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٥٠٣/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٦٠/٩.

البلدين يفتقر فيها إلى كراء حمولة، فكأنه وجب عليه كراء حمولةٍ، فعجَّل له الطعام بشرط أن يسقطها فيدخلها ضع وتعجل[١].

ابن بشير: ونقل اللخمي عن " الموازية" المنع سواءٌ حَلَّ الأجل أم لا، والذي في "الموازية": التفرقة بين حلول الأجل وعدمه، كَمَا تَقَدَّم[٢].

(ص): ولا يجوز أخذه ودفع الكراء؛ لأنهما كالأجلين....[٣]

(ش): أي: فإن لقيه في غير المكان الذي يتعين فيه القبض، فتراضيا على أخذ السلم ودفع كراء ما بين المسافتين لم يجز، قال في "المدونة": لأن البلدين بمنزلة الأجلين، ثم هذا المنع عام في الطَّعَامِ وغيره، ولكن تزيدُ العللُ المقتضية للفسادِ في الطَّعَامِ، إِذْ فيه بيعُه قبل قبضه والنسيئة؛ لأنه أخذه عن الطَّعام الذي يجبُ له ليستوفيه من نفسه في بلد الشرط، والتَّفَاضُلُ بين الطعامين، ويدخلُ في الطعام وغيره: سلفٌ جَرَّ منفعةً - إذا كان ما أخذه المسلم من الكراء من جنس رأس المال - وبيع وسلف وحطُّ الضمان وأزيدُك - إذا كان في موضع الاشتراط أرخص -[٤].

ومفهومُ قوله - وهو مفهوم "المدونة" -: أَنَّه لو لم يأخذ كراء المسافة لجاز، ولا إشكال فيه في العروض، وَأَمَّا الطعام فقد تقدم أنه قوله في "الموازية" و"الواضحة"، وأنَّ ابن الكاتب وغيره اعترضوا ذلك، وقالُوا: ينبغي عَدَمُ جَوازِه.

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٣/١٣٥.

(٢) انظر: شرح ميارة: ٢/٢٣٠.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٣.

(٤) يذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى تحريم قرض الجواري لأنه يؤدي إلى إحلال ما لا يحل من الفروج المحظورة ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ولا يرخصون فيه لأحد كما قال مالك في الموطأ وقال محمد بن عبد الحكم يجوز قرض الجارية إذا كانت محرما للمستقرض كأن تكون أمه أو أخته من الرضاعة أو عمته أو خالته من النسب مثلا لأنه لا يؤدي إلى إحلال فرجها حينئذ قال الباجي وعلى هذا يجوز للنساء استقراض الجواري يعني مطلقا وإنما يحرم ذلك على الرجال خاصة. وتلزم قيمتها بالوطء أي لو وطئها المستقرض فإن الجارية تكون له وتلزمه له قيمتها لسيدها. انظر: أشرف المسالك: ١/١٩٧.

كتاب القرض

ص: القرض: يجوزُ قرضُ ما يثبت سلمًا إلا الجواري، وقيل: لغير محرمٍ، والنساء، والصغير يقترض له وَليُّهُ، والصغيرة التي لا تشتهي...[1]

(ش): حقيقةُ القرض معلومةٌ للعامة فضلا عن الفقهاءِ، وكذلك كونه مندوبًا.

وصَحَّ أنه صلى الله عليه وسلم اقترض.

وذكر أنه يجوزُ قرضُ كُلِّ ما يَصِحُّ السَّلَمُ فيه، كالعُرُوضِ والحيوانِ. ويُفهم منه: أنَّ كُلَّ ما لا يَصِحُّ سَلَمُه لا يصح قرضُه، فلا يجوزُ قَرضُ الأرضين والأشجار وترابِ المعادن والجواهر النفيسة، ثم استثنى من هذه القاعدة:

الجواري، فَإِنَّهُنَّ يجوز السلم فيهن، ولا يجوز قرضهن؛ لأن المستقرض لما كان متمكنًا مِنْ رَدِّ المثل والعين كان رَدُّ العين في معنى عارية الفروج وهو ممنوع.

وأجاز ابن عبد الحكم في "الحمديسية " قرضهن إذا اشترط عليه أن لا يَرُدَّ عينها، وإنما يَردُّ مثلها.

ونقل بعضُهم هذا القول، فقال: وقال ابن عبد الحكم: يجوزُ قرض الجواري، وعليه رَدُّ المثلِ، ولا يردُّ ما اقترض.

(ع): وعلى هذا النقل هو خلاف، وعلى الأول - هو نقل الموثوق بهم - لا تَبعدُ موافقته للمشهور، والظاهر: أنَّ الكلية التي ذكرها المصنف هُنَا مطردة منعكسة، فأعطى كلامه: أنَّ كل ما يصح أن يسلم فيه إلا الجواري يصح أن يقرض فيه، وكل ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه، غير أن هذا العكس لا يحتاج معه إلى استثناء شيءٍ، ومن قال بعدم عكس هذه الكلية وزعم أن جلد الميتة المدبوغ يصح قرضه، ولا يصح أن يسلم فيه، غير صحيح بكل اعتبار، والله أعلم.

واعترض بعضهم قول ابن عبد الحكم بأن الشروط لا تنفع؛ لأنها على مثل الدَّين صفة ومقدارًا، ومن أتى بذلك جبر ربه على قبوله، وفيه نظر، لجواز استثناء هذه الصورة؛ لئلا تُؤَدِّي إلى عاريةِ الفَرْجِ.

وقوله: (وقيل)، وقع في بعض النسخ بالدَّال، فيكون تقييدًا، وهو أحسن، وفي

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٤.

بعضها باللام، فيكون خلافًا.

ابنُ بشيرٍ: وأكثر الشيوخ على أنه غير خلاف، وهو يشعر أن بعضهم عَدَّه خلافًا[١].

وقوله: (والصغير يقترض له وليه، والصغيرة)، هو مخفوض بالعطف على (المحرم)؛ أي: فقرضهن لهؤلاء جائز.

فائدة:

تَقرَّرَ مِمَّا ذكرناه أنَّ كل شيءٍ يجوز قرضُه إلا أربعة أشياء:

١ - ما لا يمكن الوفاء بمثله، كالدور والأرضين والجواهر النفيسة.

٢ - وما لا تحصره الصفة، كتراب المعادن وتراب الصَّواغِين.

٣ - والجواري إلا على ما ذكره.

٤ - والجزافُ إلا مَا قلَّ، كرغيفٍ برغيفٍ، ونحوه.

(ص): **فإن أقرضها ولم يطأ ردَّت**

(ش): أي: فإن أقرض جارية على الوجه المنهي عنه فسخ هذا القرض، وردت إلى دافعها، وليست غيبته عليها بمفيته للرد، وليست كغيبة الغاصب عند من جعل غيبة الغاصب تُفِيتُ كالوطء؛ لأنه مُتَعَدٍّ، ولا كغيبة من أحلت له جارية؛ لأن من أحلت له إنما غاب للوطء.

(ص): **وإن وَطِئَ وجبت القِيمةُ على المنصوصِ، وقيل: المثلُ بِنَاءً على أن المستثنى الفاسد يُردُّ إلى صحيحِ أَصْلِهِ أو إلى صحيحه**

(ش): يعني: وإن وطئ المقترضُ الجاريةَ، يريد: أو فاتت بما تفوت به في البيع الفاسد - هكذا هو المنصوص - (وجبت القيمة على المنصوص)، كالبيع الفاسد إذا فات المبيع وهو مقوم، بناء على أن القرض الفاسد يرد إلى أصله، وهو البيع.

وقيل: المثلُ، رَدًّا له إلى صحيحه، وهو القَرضُ، ابنُ يونس: وأظنه قول الأبهري، والأول أصوب، ولهذه نظائر كالمساقاة الفاسدة والقراض ونحوهما.

والصواب: لو قال: إلى فاسد أصله، أو إلى صحيح نفسه؛ لأن الواجب في صحيح أصله الثمن لا القيمة.

وهذا الذي ذكره المصنف عام في كلِّ قرضٍ فاسدٍ، سواءٌ كان فسادُه من الجهتين، أو من جهة المقترض وحده، كما لو قصد نفع نفسه، ولم يعلم المقترض بذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/٦٥٢.

وأورد ابنُ محرز على أبي بكر بن عبد الرحمن، فقال: كيف تُلزِمُ المقترض القيمة، وهو لم يدخل عليها، وإنما دخل على المثل[١]؟

فقال: كيف تلزم المقترض القيمة، وهو لم يدخل عليها، وإنما دخل على المثل؟

فقال: هذا مثل ما قالوه فيمن تزوَّج امرأةً، فأدخلوا عليه مكانها أمةً لهم، فقد عدَّها مالك كالمحللة، وألزم الزوج قيمتها، وإن كان لم يدخل عليها.

وأشار ابن محرز إلى أن الحكم في مسألتي القرض والأمة ليس بصحيحٍ.

قال: ولا يصرف عيب المسألة وجود أُخرى في مثلها بذلك العيب، والصواب عندي أن لا يُؤخذ المقترض إلا بما دخل عليه فيغرم المثل، ثُمَّ يُباعُ للمقرض ويعطاه إن كان مساويًا للقيمة أو ناقصًا عنها، وليس له سواه، وإن زاد وُقف الزَّائد رجاء أن يرجع المقرض عن دعواه في فساد القرض، فإن طال وقفه تصدَّق به عمَّن هو له، ومال المازري إلى اما اختاره ابن محرز، قال: لولا ما ينظر فيه من يتولى البيع، وعلى من تكون العهدة، وهذا يفتقر إلى نظرٍ آخَرَ.

(ص): **وَشرطُهُ أن لا يَجُرَّ مَنْفَعَةً للمُقرِض**

(**ش**): سواء تمحَّضت المنفعة للمقرض، أو اشتراك فيها مع المقترض؛ أعني: أن تكون المنفعة لهما على السواء، أو منفعة المقرض أكثر، وأما إن كانت منفعة المقترض أكثر فسيتكلم عليها، ولا أعلم فيما ذكره المصنف خلافًا.

(ص): **والسَّفاتجُ ممتنعة على المشهور**

(**ش**): يُقال: السفاتج، والسفتجات على جمع السلامة، وواحدة: سفتجة - بفتح السين المهملة، وسكون الفاء، وفتح التاء المثناة من فوق، وبالجيم - وهي: كتاب صاحب المال لو كيله في بلد آخر؛ ليدفع إلى حامله بدل ما قبضه منه، والمشهور مذهب "المدونة"؛ لأن شرط القرض أن لا يجر منفعة، وقد انتفع هذا بأمنِ غَرَرَ الطريق[٢].

وقيَّده عبد الوهاب واللخمي بما إذا لم يكن قطع الطريق غالبًا، فإن غَلَبَ استحب،

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٩٥/٧.

(٢) ابن عرفة : في جواز قرض العين على قضائها ببلد آخر لخوف الطريق إن كانت المنفعة في السفاتج للمعطي بما يخاف من غرر الطريق لم يجز.
قال اللخمي : يريد إذا لم يكن الهلاك وقطع الطريق غالبا، فإن كان ذلك الغالب صارت ضرورة وأجيزت صيانة للأموال كقول مالك في الكراء. انظر: التاج والإكليل: ٤٢٣/٤.

صيانة للأموال. واستدلا بقول مالك في الكراء المضمون: يتأخر النقد فيه، لكون الأكرياء قد اقتطعوا أموال الناس، ويدفع ثلثي الكراء، ثم أجازه إذا قدم اليسير - الدينار ونحوه - وهذا هو الدَّينُ بِالدَّينِ، وَقَدْ أَجَازَهُ مَالِكٌ؛ لئلا تهلك أموال الناس.

والشاذ لمحمد بن عبد الحكم بالجواز.

ونقل ابنُ الجلاب عن مالك الكراهة، قال: وأجازه غيره من أصحابنا، فإن لم تتأول الكراهة على المنع، وإلا كان ثالثًا، وكذلك إن لم يجعل كلام القاضي تقييدًا لقول مالك كان رابعًا.

(ص): **وفي سلف السايس بالسالم في زمن المسغبة، والدقيق والكعك للحاج بدقيقٍ في بلدٍ بِعَيْنِهِ، قولان: قال: يتسلَّفُ ولا يشترط**

(ش): السايس، هو: المسوس، وتصور كلامه ظاهر، والمشهور المنع في المسألتين، والشاذ لسحنون، وقيد اللخمي المشهور بما إذا لم يقم دليل على إرادة نفع المستسلف فقط، وأما إن قام ذلك فَيَجُوزُ[1].

ونصَّ ابن حبيب على الجواز، وإن كان النفع للمستسلف وحده.

ونقل أبو محمد صالح عن أبي موسى المؤمناني أن قول اللخمي تفسيرٌ للمذهب، وأن قول ابن حبيب خلافٌ، ويدلُّ على أنَّ قول اللَّخْمِيّ تفسير قوله في "المدونة": وَمَنْ لَهُ إلى جانبك زرعٌ فاستقرضته منه على أن تقضيه من زرعٍ لَكَ ببلد آخر لم يجز، وإن أقرضك فدانًا من زرعٍ مستحصد تحصده أنت وتدرسه لحاجتك، وترد عليه مثل كيل ما فيه، فإن فعل ذلك رفقًا ونفعًا لك دونه جاز، إذا كان ليس فيما كفيته منه كبير مؤونة؛ لقلته في كثرة زرعه، ولو اغتزى بذلك نفع نفسه بكفايتك إيَّاه لم يَجُز.

(ص): **وهديته لا تجوزُ ما لم يكُن مثلها قبلُ، أو حدثَ موجبٌ فإن وقعت رُدَّت، فإن فاتت فكالبيع الفاسد**

(ش): أي: وهديَّةُ المُديان لا تجوز؛ لأنها تؤول إلى السلف بزيادةٍ، ابن بطالٍ في (شرح البخاري): وكذلك هدية ذي الجاه. وقاله الغزالي. وألحق المتأخرون بهدية المديان هدية رب المال لعامله في القراض؛ لأنه يقصد بذلك أن يستديم العامل العمل، فيصير سلفًا جرَّ منفعة.

وأما هديَّةُ العاملِ لربِّ المال، فإن لم يُشغِّل المال منع بالاتِّفاق، وإن شغَّله

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٦٦.

فللمتأخرين، قولان بناءً على اعتبار الحال أو المآل.

واختار ابن يونس المنع مطلقًا[١].

وقوله: (ما لم يكن مثلها قبل)، فيجوز بمثل تلك الهدية، أما لو زادت لم يجز، وحدوث الموجب كالمصاهرة ونحوها.

وفي "العتبية" عن مالك في مبتاع الزيت بثمنٍ إلى أجلٍ، ويبقى له من وزن الزيت الرَّطلان، أيتركهما للبائع؟

فأجازه في اليسير، وقال: لا يُعجبني في الكثير.

قال في "البيان": كرهه مالك في الكثير خوفًا من هدية المديان.

وقوله: (فإن وقَعت رُدَّت، فإن فاتت فكالبيع الفاسد)، فيردُّ المثل في المثليّ والقيمة في المقوَّم.

(ص): وفي مبايعته بالمسامحة: الجواز والكراهة

(ش): يعني: أنَّه اختلف في جواز مبايعة المديان لرب الدَّين بمسامحة من المديان، ومفهوم كلامه الجواز إذا لم يكن مسامحة[٢].

ومقتضى ما حكاه المازري وابن بشير وغيرهما العكس، وهو الظاهر إن كانت مسامحة منع وفاقًا، وإلا فقولان.

وقيّد اللخمي الخلاف بما قبل الأجل، وأما بعده فلم يحك إلا الكراهة.

وصرَّح المازري بعدم الجواز بعد الأجل، فقال: وكذلك لو كانت المبايعة بعد حلول الدَّين فلا يجوز ذلك، وهو آكدُ في التُّهمة؛ لأن الدَّين قد وَجَبَ على من عليه

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٢٢.

(٢) قال مالك: إذا كان لرجل على رجل دين فساله أن يقره عنده قراضا أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه، قال أبو عمر: قد بين مالك العلة عنده في كراهة ما كره من القراض بدين على العامل

وكذلك لا يجوز أن يقول الرجل للرجل: اقبض مالي على زيد من الدين واعمل به قراضا، وهو عنده قراض فاسد لأنه ازداد عليه فيما كلفه من قبضه، وقال الشافعي: لا يجوز أن يقول لغريمه: اعمل بمالي عليك من المال قراضا لأن ما في الذمة لا يعود أمانة حتى يقبض الدين ثم يصرفه على وجه الأمانة ولا يبرأ الغريم بما عليه إلا بإبرائه أو القبض منه أو الهبة له، وقول أبي حنيفة في ذلك نحو قول الشافعي واختلفوا في أن عمل الذي عليه الدين بما عليه قراضا بعد اتفاقهم أنه لا يصلح القراض في ذلك فقال الشافعي: ما اشترى وباع فهو للعامل المديان له ربحه وخسارته. انظر: الاستذكار: ٧/٨.

قضاؤه[1].

(ص): ويملك القرض ولا يلزم رَدُّه إلا بعد مدَّة الشرط أو العادة، وله ردُّ المثل أو العين ما لم تتغير....[2]

(ش): أي: يملكُ المقترض الشيء المقرض، ولا يلزمُ رَدَّه إلا بعد المدة المشترطة، بلا خلاف، فإن لم يشترطا مدةً رجع إلى التحديد بالعادة، وليس له رجوع قبلها.

قال الخضراوي في "وثائقه": إلا أن يعسر. وأجراه على عارية الجدار المبهمة، ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون في الجدار أنه ليس له أن يرجع وإن احتاج.

وما ذكره المصنف من الرجوع إلى العادة عند الإطلاق، ابن محرز، وغيره: هو ظاهر المذهب.

وحكى جماعةٌ فيما إذا اتَّفَقَا على أنَّ العقد وقع على الإطلاق، ثم طلب ربُّ القرض أخذه ثلاثة أقوال:

١ - قال أبو عمران: إن ذلك جائز، ويقضى بالحلول.

٢ - وقال ابن أبي زيد: يقضى بالأجل.

٣ - وقال ابن القاسم: لا يجوز.

وإن لم يتَّفِقَا على أنَّ العقد وقع على الإطلاق، وقال المقرض: هو على الحلول، وخالفه المقترض، فقال الشيخان - ابن أبي زيد والقابسي -: القول قول المقترض.

وقال ابنُ أخي هشام: القول قول المقرض.

وفي "المدونة": القول قول المقرض[3].

فرأى الشيخان أن الراء مكسورة، ورأى ابن أخي هشام أنها مفتوحة.

وقوله: (أو العين)؛ أي: وله العين المقرض ما لم يتغير بزيادةٍ أو نقصان إلا أن يرضيا؛ لأنه حينئذٍ في النقص حسن اقتضاءٍ، وفي الزيادة حسنُ قضاءٍ.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٨٤.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٤.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٨٤، وشرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٧٢.

كتاب المقاصة

(ص): إن كان الدينان من بيع، وتساويا صِفَةً وحلولا ومقدارًا جاز اتفاقًا....[1]

(ش) لما فرع من تقرر الدَّينِ في الدَّينِ شَرَعَ في اقتضاء الدَّينَينِ على وَجهِ المُقَاصَّةِ، والمُقَاصَّةُ عند الفقهاء مُستثنى من بيع الدَّين بالدَّين، وقَسَّم المصنف الدَّينين، فجعلهما مَرَّةً مِنْ بيعٍ، وَمَرَّةً من قَرْضٍ وَمَرَّةٍ من بيعٍ وَقَرْضٍ، وذكر أنهما (إن كانا من بيعٍ)؛ يعني: وهما من العين وتساويا صِفَةً ومقدارًا أو حلولا جَازَ بِاتِّفَاق.

وسيأتي ما احترز عنه بالقيود المذكورة.

(والجواز) هُنَا بِمَعْنَى الإذن، وإلا فقد اختُلف: هل يجبُ أن يُعمل على قولِ مَنْ دَعَا منهما إليها؟

وهو المشهور، أو القولُ قولُ من دَعَا منهما إلى عدمها؟

رواه زيادٌ عن مالك، وأخذ من "المدونة" في الصرف والسلم الثاني والنكاح الثاني القولان.

وأشار بعض المتأخرين إلى دخول الخلاف في المقاصة هنا من الخلاف في صرف ما في الذمة، فيه بُعد؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو مع اختلاف الدَّينين في أمرٍ مَا، وذلك يُوجب اختلاف الأغراض التي يُقصد معها المبايعة بخلاف هذه المسألة.

(ص): فإن اختلف الوزن امتنع اتفاقًا

(ش): أي: فإن اختلف الدينان في القيد الأخير خاصة من القيود المذكورة امتنعت المقاصة باتفاق؛ لأنها مبادلة، وأحد العينين أكثر، فهو تفاضلٌ[2].

واعترض كلام المصنف بأن ابن حبيب، قال: إذا كان إحدى الذهبين ناقصة، والأخرى وازنة لم تجز المقاصة حتى تحل الوازنة، فمقتضاه جواز المقاصة إذا حلا.

وقال ابن بشير: إذا اختلفا في المقدار أو في الصفة فلا تجوز المقاصة، إلا أن يحل الأجلان. قال: وهذا إذا كانا من بيع.

وقال ابن المواز: في الاختلاف في العدد إذا كانا من بيع، وكان أولهما حلولا

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٥.

(٢) انظر: الكافي: ٢/٨٠٣، والذخيرة: ٨/٥٧.

أكثرهما أن ذلك جائزٌ، قال: وكذلك إذا كان أحدهما من قرض وهو أكثر، وهو أول حلولا، واستظهرنا عليها بالزيادة في العدد؛ لإطلاقهم الجواز مع الحلول، ولم يقيدوا باتفاق الوزن، ولعدم الفارق بين الزيادة في الوزن والعدد.

(ص): **وإن لم يحلا أو حلَّ أحدهما جَازَ عند ابن القاسم؛ لأن له التعجيل، لتساويهما، ولا ضمان في العين، ورأى أشهب المنع إذا اختلف الأجل، ووقف إذا اتفق**

(ش): أي: وإن لم يحل الدَّينان - اتَّفق أجلهما، أو اختلف، أو حَلَّ أحدُهما فقط - فمذهب ابن القاسم جواز المقاصة؛ لأن لمن عليه الدَّين تعجيله؛ لأنه عينٌ ولا ضمان عليه، فيكون في حكم الحال.

وقوله: (لتساويهما)؛ أي: في غير الأجل، ومع التَّساوي تبعد التهمة في البدل المؤخر، فكأنه قيل: ولم جاز؟ فقال: لتساوي الدَّينين في القدر والصفة، والمؤجلان في حكم الحالين، فحصل التساوي في الثلاثة، فيعود إلى ما قبلها، فلا يُتَّهَمَان على سَلَفٍ بِزِيَادَةٍ، ولا حَطِّ الضَّمَانِ، ولا ضع وتعجَّل، فينتفي قصدُ المعاوضة، وَيَتَّضِحُ قَصدُ المبارأة والمتاركة.

وروى أشهب عن مالك منع المقاصة إذا اختلف الأجل، والوقف إذا اتَّفَق، فمنع مع الاختلاف؛ لأن المكايسة تَدْخُلُ فيه باختلاف الأجل، ووقف إذا اتفق للتردد في قصد المعاوضة فيمتنع؛ لأنه دَينٌ بِدَيْنٍ، أو قصد المتاركة؛ لتساوي الأجل فيجوز.

وفي قوله: (ووقف)، إيهامٌ أنَّ الوقف أشهب. والأولى أن يقول: (والوقف)، فيكون معطوفًا على المنع.

ولابنِ نافعٍ ثالثٌ بالجوازِ إِذَا حلا، أو حلَّ أحدهما، وبالمنع إذا لم يحلا، كان الأجل متفقًا عليه أو مُختلفًا[1].

وحكى ابنُ بشير روايةَ أشهب بِمَا يقربُ من العكسِ، وإن لم ينسبها لأشهب، فقال أجاز إن حَلَّ الأجلان، ووقف إن لم يحلا.

(خ): والأقرب أَنَّهُ وهمٌ وجعل (ع) ما إذا تساوى أجلاهما، يرجعُ إلى القسم الأول الذي حكى فيه المصنف الاتفاق، وجعل وقف أشهب مانعًا للاتِّفاق؛ لما تَبَيَّن في الإجماع السكوتي، سواء عددنا وقف الحيرة قولا أو لا، وإن كان الأصح أن لا يعد قولا، لكن تقابل الاتفاق والاختلافُ تقابُل الضدين، وعلى ما قَرَّرنَاهُ لا يأتي هذا.

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٥٠٢/٧، والتاج والإكليل: ٢٦٥/٩.

(ص): وإذا اختلفت الصفة والنوع واحد أو مختلف، فإن حلا جاز على صرف ما في الذِّمَّة، وإن لم يحلا مُنع على المشهور؛ لأنه صرف أو بَدَلٌ مُستأخَرٌ، وقال اللخمي: إذا كان الأجود حلالا أو حَلَّ أو أقرب حُلُولا جَازَ

(ش): يعني: إذا اختلفت صفة العينين مع اتحادهما في النوع كمحمدية ويزيدية، أو كان النوع مختلفًا بأن كان على أحدهما ذهبٌ والآخر فضةٌ، فإن حَلَّ الأجلان جازت المقاصة؛ لأنها مبادلة في الوجه الأول، وصرف ما في الذمة في الثاني.

وعلى الشاذ أَنَّه يمتنع صرف ما في الذمة يمتنع هنا، وَقَدْ نَصَّ ابن وهب وابن لبابة على منع المقاصة بين الذهب والفضة.

واقتصر المصنف بتوجيه جواز الصرف على توجيه جواز البدل؛ لأنه في معناه، وإن لم يحل الدَّينان، إما بأن لم يحلا معًا، أو حَلَّ أحدهما، فالمشهور المنع؛ لأنه في المختلف النوع صرفٌ مُستأخَرٌ، وفي المتَّفَقِ بَدَلٌ مُستَأخَرٌ، هذا معنى قوله: (لأنه صرف أو بدل مستأخر).

و (أو) في قوله: (أو بدل)، للتفصيل.

قوله: (وقال اللخمي... إلى آخره). جعله اللخمي من باب المراطلة، فإن تقدم الأجود فقد أحسن إليه من وجهين: بأن يأخذ اليزيدية المؤخرة في المحمدية المعجلة، فلا يُتَّهم بخلاف العكس؛ لأنه كأنه يقول: ضع عني زيادة المحمدية، لأعجل لك اليزيدية.

وانظر هل قول اللخمي ثالث؟ أو هو مقابل المشهور؟ والأول أظهر؛ لأن لنا قولا بجواز صرف ما في الذمة وإن لم يحلا، وكلام اللخمي ظاهر في المعنى، وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا لم تتضح التهمة[1].

وأما إذا كان أحدهما أكثر من الآخر كثرة بينة، فينبغي أن يجوز؛ لبعدهما حينئذٍ من التهمة على الصرف المؤخر، على ما تقدم في بياعات الآجال.

(ص): والقرض كذلك إلا أنه تجوز الزيادة على تفصيل تقدم

(ش): أي: وإن كان الدينان مع كونهما من العين من قرض، وفي معناه: أن يكون أحدهما من قرض، فكالدَّينين إن كانا من بيع، فإن تساويا صفةً ومقدارًا وحلولا جاز، وإن لم يحلا، وهما متساويان في الصفة والمقدار، جاز عند ابن القاسم.

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٣/١٣١، وحاشية الدسوقي: ١٣/٤٩٧.

وأما إن اختلفا في الصفة أو المقدار، فقد أشار إلى حكم ذلك بالاستثناء في قوله: (إلا أنه تجوز الزيادة على تفصيلٍ تقدم)، وفي قوله: (والقضاء بالأفضل صفة... إلى آخره).

(ص): **فإن كانا طعامين من قرضٍ فكذلك**

(ش): أي: وإن كان الدينان طعامًا من قرض، فكالدينين إذا كانا عينًا من قرضٍ، فيجوز في الطعامين ما يجوز في العينين، ويمتنعُ في الطعامين ما يمتنع في العينين، ولا فرق في الطعامين هُنا بين أن يتساوى أجلاهما أم لا، ولا بين أن يحل أحدها أم لا؛ لأن الطعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه.

ولهذا قال المازري: خرج بعضهم هنا الثلاثة الأقوال المتقدمة في العينين، المتساويين صفةً وحلولا؛ أعني: المتقدمة في قوله: وإن لم يحلا أو حلَّ أحدهما؛ لأن الذهب يجوز بيعه قبل قبضه، وطعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، انتهى.

وحكى بعضهم الثلاثة الأقوال نصًّا صريحًا، وهذه الأقوال إنما هي إذا اتفقت الصفة والمقدار.

وأما إن اختلفت الصفة كمحمولة وسمراء فلا يجوز إلا أن يحلا؛ لأنه حينئذٍ بدل، وأما إن لم يحلا إلا أحدهما لم يجز، قاله في "المدونة"، قال: لأنه لا يجوز قضاء سمراء عن بيضاء ولا بيضاء من سمراء قبل الأجل من بيعٍ أو قرضٍ.

قال فيها: ولابن القاسم قول آخر في أخذ السمراء عن المحمولة قبل الأجل إذا كان ذلك من قرض، سحنون: وهو أحسن.

(ص): **وإن كانا من بيعٍ فإن اختلفا أو رؤوس الأموال أو الأجل امتنع، فإن اتَّفق الكل منع ابن القاسم، وأجاز أشهب بناءً على أنَّه طعامٌ بطعامٍ نسيئةً، أو قبل قبضه، أو على أنه كالإقالة**

(ش): أي: وإن كان الطعامان من بيعٍ فإن اختلفا في الجنس أو الصفة أو الكيل أو الأجل امتنع التقاصص[1].

---

(١) وهذا بين في مذهبه واضح لأنه اشترى منه ببعض درهم طعاما قبضه على أن يعطيه عند الأجل بالكسر من الدراهم طعاما والدرهم لم يكن يتبعض عندهم ولا يجوز كسره عند أهل المدينة على ما قدمنا عنهم فيما مضى من هذا الكتاب في موضعه فلم يدفعه وشرط أن يعطيه في ذلك الكسر طعاما عند الأجل، بهذا لا يجيزك أحد لأنه طعام بطعام إلى أجل وذكر الكسر من الدرهم لا معنى له لأنه قد شرط أن يعطيه فيه طعاما عند الأجل، فكان ذكره لغوا وكان في معنى الحيلة =

(ورؤوس الأموال)، معطوف على الضمير في (اختلفا)، وفيه العطف على الضمير المرفوع بلا فصلٍ، ولا يجوزُ عند البصريين، إلا في الضرورة، ومنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه؛ لتحقق القصد إلى البيع بسبب الاختلاف.

وما ذكره المصنف من أنه إذا اختلف الأجل يمتنع التقاص، هو جارٍ على المشهور أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفًا.

قال في "الجواهر": وأما على ما قاله القاضي أبو إسحاق في إسقاط التأجيل فيجوز.

وإن اتَّفق الأجلان ورؤوس الأموال والطعامان، فقولان:

أولهما: لابن القاسم: المنع من المقاصة؛ لأنه طعام بطعام نسيئةٍ، ولأنه بيع الطعام قبل قبضه، زاد المازري: ولأنه دَينٌ بِدَيْنٌ.

ثانيهما - لأشهب -: الجواز؛ لأنه كالإقالة، وهي جائزة. وشبه بالإقالة، ولم يقل: إقالة؛ لأنهما لم يصرحا بها، وقد اتضح لك، قوله: (بناءً على أنه طعام بطعام نسيئة أو قبل قبضه)، تعليل لقول ابن القاسم، وأن (أو) للتفصيل، وأن قوله: كالإقالة، تعليل لقول أشهب، وفي كلامه نظر؛ لأن الواقع فيما رأيته من النسخ، فإن اتفق الأجل منع ابن القاسم، وليس بظاهر، وصوابه: الكل، كما ذكر ابن شاس، إلا أن يقال: لعله اكتفى بالتعليل بالإقالة، فإنه يشعر بالتساوي في ذلك؛ لأنه شرطها[1].

(ص): **فإن كانا من قرضٍ وبيعٍ غير مختلفين فإن حلا جاز، وإن لم يحلا أو حل أحدها منع ابن القاسم وأجاز أشهب، وثالثها: إن حل السلم جاز**

(**ش**): يعني: فإن كان أحد الطعامين سلمًا، والآخر قرضًا غير مختلفين؛ أي: في النوع والصفة والأجل، فإن **حلا** جازت المقاصة، وكأنَّ الذي له **السَّلم** اقتضى من نفسه طعام القرض الذي عليه ولا تهمة؛ لاتفاق الطعامين.

قوله: (وإن لم يحلا)؛ أي: وإن لم يحل الطعامان، والمسألة بحالها، أو لم يحل

=

أو الذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة هذا كله أصل مالك ومعنى قوله وقد ذكرنا قوله في الذي يبيع سلعته بدنانير على أن يعطيه بالدنانير كذا وكذا درهما أن بيعه لسلعته إنما هو بالدراهم وذكر الدينار لغو فكذلك ذكر الكسر من الدرهم هنا لغو وهو طعام بطعام إلى أجل. انظر: الاستذكار: ٤٠٧/٦.

(١) انظر: المدونة: ٦٥١/٣، وشرح ميارة: ٢٢٨/٢.

أحدهما، وحلَّ الآخرُ فثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر.

والثالث: نقله المازري عن أشهب أيضًا، ونقل عنه أيضًا: الجواز إذا حلا جميعًا، أو أحدهما.

ونقل المازري عن ابن حبيب أنه أجاز المقاصة إذا اتفق الأجلان، وإن لم يحلا، فرأى ابن القاسم أن مع اختلاف الأجل تختلف الأغراض، فيصح تقديرُ بيع الطعام قبل قبضه. وغلب في القول الثاني حكم المعروف كما لو حَلا معًا. وهو الذي راعى في الثالث، إلا أنه أحسن؛ لاشتراطه حلول السلم وحده؛ لأن القرض وإن لم يحل فالأجل من حق من عليه الطعام، فله التعجيل، فيصير الكل في معنى الحال.

وغلَّب ابن حبيبٍ المعروف، فأجاز ذلك وإن لم يحلا إذا اتَّفقتِ الآجال؛ لتفاوت الأغراض في ذلك مع تساوي الآجال.

(ص): **وإن كان الدينان عرضًا فما حَلَّ أو كان أقرب حلولا، فمقبوضٌ عن الآخر، فإن أوقع في ضع وتعجَّل أو حَطَّ الضمان وأزيدك امتنع وإلا جاز**

(ش): قال المازري: إن اتَّفق العرضان في الجنس والصفة فالمقاصة بينهما جائزة مطلقًا، من غير التفاوت على تماثل الآجال واختلافهما، وتساوي الأسباب واختلافها.

وإن اختلف جنسها ككساءٍ ورداءٍ، فإن اتَّفق الأجل جازت المقاصة؛ لأن اتِّفاق الأجل يرفع القصد إلى المكايسة، كما يرفعها تساوي العرضين في الصفات.

وإن لم يتفق الأجلُ مُنِعَت المقاصة إلا بشرط أن يحلا مَعًا[1].

واختلف إذا حل أحدهما، ففي "المدونة": الجواز؛ لانتفاء قصد المكايسة بحلول أحدهما.

وفي "الموازية": لا يجوزُ لاختلاف الآجال، ابن محرزٍ: وهو الأصح عندي.

وإن اتَّحد جنس العرضين، ولم يحلا معًا سواء اختلفت الصفة أو اتفقت، فإن اتفق الأجل جاز التقاصص.

وهذا القسم الأخير هو الذي تعرض المصنف لبيانه، وأعطى فيه ضابطًا، وهو: أنَّ ما حل أو كان أقرب حُلُولا فهو مقبوضٌ عمَّا لم يحل، وعمَّا هو أبعد حُلولا، فإن أدَّى اقتضاؤه عنه إلى ضع وتَعَجَّل أو حط الضمان وأزيدك امتنع، وإن لم يُؤد إلى واحد منهما جاز، فإن كانا من بيعٍ، وكان الحال أو الأقرب حلولا أكثر أو أجود امتنع؛ لأنه

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٦٠/٨، ومواهب الجليل: ١٠٢/٧.

حَطُّ الضمان وأزيدك، وإن كان أدنى أو أقل امتنع؛ لأنه ضع وتعجل. وهذا إذا كانا من بيعٍ.

فإن كانا من قرضٍ والحالُّ أو الأقربُ أدنى أو أقلَّ امتنع؛ لأنه ضع وتعجل، وإن كان أجود جاز، إذ لا ضمان في القرض، وهو مكروه في المجلس، قاله في "النكت"، ويدخل فيه الخلاف المتقدم، فيمن ردَّ في القرض أكثر عددًا.

وإن كان أحدهما من قرضٍ والآخر من بيعٍ فأجره على القسمين السابقين، أجازه من أجاز المقاصة في القرض؛ نظرًا إلى شيءٍ من رؤوس تلك الأموال العروض، وكذلك قال غيره، وسلك بعض الشيوخ طريقة أخرى فلا يجوز[1].

وإنما قلنا: إن كلام المصنف خاص بالجنس الواحد؛ لأن حط الضمان وأزيدك وضع وتعجل خاص بالجنس الواحد، وظاهر كلام المصنف: أنه لا يعتبر فيهما.

وإن اتفق أجلاهما فذلك جائزٌ، سواء كانا من بيع أو قرض أو من بيع وقرض أو كان رأس المال دنانير، والآخر دراهم وتراخى ما بين المداينين التقاصص؛ لئلا يدخله صرف مستأخر.

المازري: واستدل هذا بما في السلم الثاني من "المدونة" فيمن أسلم دنانير في عُرُوضٍ وأخذ رَهنًا بالسلم، فضاع الرهن، ووجب ضمانه من المرتهن، فأراد المقاصة، فإنَّه يُعْتَبَرُ في جواز المسألة أن يكون هذا الرَّهن مِمَّا يَصِحُّ بيعه برأس المال إلى أجلٍ، انتهى بمعناه.

(ص): **وليس في القرض حط الضمان وأزيدك؛ لأنه يلزم قبوله، بخلاف السلم، وضع وتعجل يدخل في البابين....**[2]

(ش): المراد بالبابين القرض والسلم، وكلامه ظاهر مما تقدم.

---

(١) انظر: الكافي: ٢/٨٠٢، والذخيرة: ٨/٥٥.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٥.

كتاب الرهن[1]

(ص): الرهن: إعطاء امرئ وثيقةً بحقٍ....[2]

(ش): الرهن لغة: اللزوم والحبس، وكل شيء ملزوم فهو رهن، يقال: هذا رهن لك؛ أي: محبوس دائم لك. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]؛ أي: محبوسة.

والراهن: دافع الرهن، والمرتهن - بكسر الهاء -: آخِذُهُ.

وَيُقال للرَّهن: مُرتَهَنٌ - بفتح الهاء -.

وقد يُطلقُ على آخذه؛ لأنه وُضِعَ عِندَهُ الرَّهنُ، وعلى الرَّاهن؛ لأنه يسأل الرهن.

الجوهري والنووي، يُقَال: رهنته الشيء وأرهنته، وقال عياض: لا يقال: أرهنته.

---

(١) الرهن يطلق لغة على العين المرهونة.

قال ابن سيده: الرهن ما دفع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، يقال: رهنت فلانا رهنا، وارتهنته إذا أخذه رهنا، والرهينة واحدة الرهائن. والهاء للمبالغة كالشتيمة والشتم، ثم استعملا في معنى المرهون، فقيل: هو رهن بكذا، أو رهينة بكذا.

وفي الحديث: "كل غلام رهينة بعقيقته".

ومعناه: أن العقيقة لازمة لا بد منها، فشبهه في لزومها، وعدم انفكاكه منها بالرهن في يد المرتهن.

قال الخطابي: تكلم الناس في هذا، وأجود ما قيل فيه ما ذهب إليه محمد بن حنبل، قال: هذا في الشفاعة، يريد أنه إذا لم يعق عنه، فمات طفلا لم يشفع في والديه، أي: أن كل غلام محبوس، ومرهون عن الشفاعة بسبب ترك العقيقة عنه.

وقيل معناه أنه مرهون بأذى شعره، واستدلوا بقوله: "فأميطوا عنه الأذى" وهو ما علق به من دم الرحم، ورهن الشيء يرهنه رهنا، ورهن عنده، كلاهما جعله عنده رهنا، ورهنه عنه جعله رهنا بدلا منه. ويطلق على الدوام والحبس.

قال ابن عرفة: الرهن في كلام العرب: هو الشيء الملزم، ويقال هذا رهن لك، أي دائم محبوس عليك، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١]، أي: محتبس بعمله، ورهينة محبوسة بكسبها.

وحديث: "نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه" أي محبوسة عن مقامها الكريم. انظر: لسان العرب ٣/١٧٥٧-١٧٥٨.

أما اصطلاحا: فقالت المالكية: مال قبضه توثقا به في دين. انظر: حاشية الدسوقي: ٣/١٢١.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٧٦.

وجمع الرَّهنِ: رِهانٌ، ورهون، ورهن.

الأخفش: ورهن قبيحة؛ لأنه لا يُجمع فعل على فعل إلا قليلا شاذًّا، قال: وذكر أنهم يقولون: سَقفٌ وسُقُفٌ، وَقَدْ يَكُونُ رَهنٌ جَمعًا للرِّهان؛ أي: فيكون جمع الجمع[١].

وحدَّهُ المصنف اصطلاحًا بقوله: (إعطاء) إلى آخره، (فإعطاء امرئ) كالجنس.

(ع): وأتى بلفظة (امرئ)، لتشمل الذَّوات والمنافع، فإنه يصح رهنهما.

وقال (ر): (إعطاء) مصدر، وهو يضاف إلى الفاعل والمفعول، فإن أضفته هنا للفاعل، (فامرئ) مهموز، والمعنى: إعطاءُ رَجُلٍ وثيقةً بِحَقٍّ، وإن أضفته للمفعول لم يكن مهموزًا، وَكَانَ بِمَعْنَى شيءٍ، والمعنى: إِعْطَاءُ شَيْءٍ وَثِيقَةٍ بِحَقٍّ، والأولى أرجَحُ؛ لأنَّ إضافة المصدر إلى الفاعل أكثر.

ونبَّه بقوله: (إعطاء) على الإقباض؛ لأن الرهن لا يَتِمُّ بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إيَّاهُ، وأذِنَ له في قبضه، فلو تَوَلَّى المرتهن قَبضَه دُونَ إقباضِ مَالِكِه وإذنه لم يكن رهنًا، بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنه تعالى وصف الرِّهان بكونها مقبوضة، ولفظ مقبوضةٍ يقتضي قابضًا ومقبوضًا منه فَلا بُدَّ مِنَ المَقبُوضِ منه، وإلا لم يصحَّ وصفه بكونه مَقْبُوضًا، وَلَمَّا لم يَقُل ذلك في الهبة والصدقة صَحَّ قبض الموهوب له أو المتصدق عليه دون إقباضٍ من الواهب والمتصدق. انتهى[٢].

وَيُمكن أن يُدَّعَى أَنَّه من إضافة المصدر إلى المفعول، ولو قُرِئَ: امرئ، بالهمز، وكلام (ع) يأتي على أنه إضافة للمفعول، ويرجح أيضًا كونه هنا مضافًا للفاعل أَنَّهُ لو أضافه للمفعول لقال: إعطاء شيء؛ لأن ذلك أقرب إلى الفهم، ولأن الأمر حقيقة في القول المخصوص على المختار عند أئمة الأصول.

وقوله: (وثيقة بحق) يخرج ما يعطي، لا على سبيل التوثيق، بل على سبيل الملك كالبيع، أو الانتفاع كالمستأجر والمعار.

قيل: وهو غير مانع؛ لدخول الحميل فيه، لا سِيَّمَا على المشهور أنه على يطالبُ إلا بعدَ تَعَذُّر الأخذ من المضمون، ولدخول اليمين فيما إذا حلف رب الدَّين المدين على الوفاء، ولدخول وثيقة الدَّين، فإنَّ ما يكتبه رب الدين على المدين يُعطى لِرَبِّ

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٥٠١/٧، والتاج والإكليل: ٢٥٩/٩.

(٢) انظر: منح الجليل: ١٣٠/١٣، وحاشية الدسوقي: ٤٩٦/١٣.

الدَّين على وجه التوثق.

وأجيب: بأن لفظة (إعطاء) تقتضي حقيقتها دفع شيءٍ للمرتهن، ولا يصدُقُ ذلك على اليمين والحميل حقيقةً، والوثيقةُ المكتتبة وإن صحَّ دفعها لرَبِّ الدَّين لكن قوله: (وثيقةً بحقٍّ) يقتضي رد ذلك الشيء إلى يد دافعه، والوثيقة المكتتبةُ لا يلزم رَدُّهَا بعد استيفاءِ الحقِّ.

واعترض أيضًا: أنَّ الرَّهنَ مصدرٌ، والأغلبُ في استعمال الفُقهاء إطلاقه على المرهون، فينبغي أن يقول عوض، قوله: (إعطاء): مُعطًى.

ومذهبنا ومذهب الجمهور صحة الرهن حضرًا وسفرًا، خلافًا لمجاهد أنه لا يصح إلا في السفر.

(ص): وأمر الصيغة كالبيع

(ش): يعني: فيكفي في التوثق كل فعلٍ أو قولٍ دَلَّ عليه، فتكفي المعاطاةُ، هكذا قرر (ر) و(ع)، هذا المحل، وهو ظاهرُ لفظِه، والذي نَسَبَهُ ابن رُشدٍ لابن القاسم أنَّ الرَّهن يفتقرُ إلى التصريح بلفظه، خلافًا لأشهب، وذكر أن اختلافهما قائمٌ من مسألة النفقة على الرهن التي في "المدونة"؛ لأن عند ابن القاسم لا يكون أحق بما أنفق، حتى يقول له الرَّاهن: والرهن بما أنفقت رهن.

وعند أشهب يكون أحق به إذا قال: على أن نفقتك فيه. وإن لم يقل رهنًا.

(خ): وهو أَخْذٌ ظَاهِرٌ، غير أَنَّهُ مَبنيٌّ على ظاهر "المدونة" أنَّ المسألة تنقسمُ على ثلاثة أقسام، كما ذهب إليه ابن شبلون، لا على مذهب إليه ابن يونس وغيره، أَنَّهُ لا فرق بين أن يقول: أنفق والرهن بما أنفقت رهنٌ، وبين أن يقول: أنفق على أنَّ نفقتك في الرهن، وسيأتي.

(ع): ويؤخذ مما في وكالات "المدونة": أن الرهن لا يفتقر إلى التصريح بلفظ الرهن؛ لقوله: وإن قال له: أنقد عني واحبسه حتى أدفع لك الثمن، فهو بمنزلة الرهن. وقاله بعضهم.

(ص): وشرط المرهون: أن يصح منه استيفاء، فلا يجوز خمرٌ ولا خنزيرٌ من ذِمِّيٍ ولا غيره

(ش): (ع): ينبغي أن تكون من سببية، كقوله تعالى: ﴿مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا﴾ [نوح: ٢٥]، أو لابتداء الغاية، ولا يصح أن تكون للتبعيض؛ لأن رهن مثل الدَّين فيه اضطراب في المذهب. انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه سيأتي أنه يصح رهنُ ما لا يُعرف بعينه إذا كان عند أمينٍ أو مختومًا عليه.

واشترط في المرهون، أن يصحَّ منه الاستيفاء؛ لأن فائدة الرهن بيعه عند الوفاء، والخمر ونحوه لا يجوز بيعه، فلا يجوز الخمر ولا الخنزير.

وأتى بالفاء الموذنة بالسببية؛ أي: فبسبب اشتراطنا في الرَّهن ما ذُكر لا يجوزُ لمسلمٍ رهنُ خمرٍ، ولا خنزير، ولو لذمي.

ويحتمل أن يقدر كلامه: فلا يجوز للمسلم ارتهانُ خمر ولا خنزير من ذمي ولا غيره، وهكذا قال في "المدونة": لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمرًا أو خنزيرًا، والاحتمال الأول أظهر؛ لأن الكلام في المرهون.

فرع مرتب:

فعلى الاحتمال الأول: إذا رهنَ المُسلمُ الخمرَ ونحوه من ذمِّيٍ أُريقَت عليه، ولم يكن عليه أن يأتي برهنٍ آخر. وعلى الثاني: إذا ارتهن المسلم خمرًا لذِمِّيٍ، فقال أشهبُ: إذا قبضها ثُمَّ فلسَ الذِّميُّ فلا رهن للمرتهن، والغرماءُ فيه أسوةٌ؛ لأن رهنه لم يكن جائزًا في الأصل.

سحنون: إلا أن تتخلَّلَ فهو أحقُّ بها. قال: وإن باع المسلم سلعةً من الذِمي وارتهن منه خمرًا فلا يفسدُ البيعُ، ويَردُّ الخمر إلى الذمي، ولو أراد المسلم وفقها بيد ذمي إلى أجل دينه لما يُخاف من عدم ربها لم يكن له ذلك.

فرع:

قال في "المدونة": ومن ارتهن عصيرًا فصار خمرًا فليرفعها إلى الإمام؛ لتُهراق بأمره، وكذلك الوصيُّ يجد خمرًا في التركة، خوفًا من أن يُتَعَقَّب بأمر.

اللَّخمي وابنُ يونس وغيرُهما: وإنما تُهرَاق إذا كانَ الراهن مُسلمًا، وأما إن كان ذميًّا فلترد إليه.

اللخمي: وقوله: فليرفعها إلى السلطان.

يُريدُ: إذا كان حاكم الموضع يحكم ببقائها أو بتخليلها، وإلا فليس ذلك عليه.

(ص): وجلد الميتة كبيعه

(ش): أي: ورهن جلد الميتة يختلف فيه كما يختلف في بيعه، ومذهب "المدونة" عدم جواز بيعه ورهنه، وعلى قول ابن وهب: يجوز رهنه بعد الدباغ، لطهارته حينئذٍ.

المازري: ويجري في رهن الكلاب وجلود السباع ما في بيعها.

(ص): **ويجوز رهن الدَّين من المدين وغيره**

(ش): يجوز رهن الدَّين ممن عليه الدَّين، وهو مراده بالمدين، ومن غيره، وهو ظاهرٌ، ويُشترط في جواز رهنه من المدين: أن يكون أجل الدَّين الرهن مثل أجل الدَّين الذي هو رهن به، أو أبعد، لا أقرب؛ لأنَّ بقاءه بعد محله كالسلف، فصار في البيع بيعًا وسلفًا، إلا أن يُجعل بيدِ أمينٍ إلى محلِّ أجل الدَّين الذي هو رهن به.

الباجي: وهذا تفسير قول مالك في "العتبية" وغيرها.

وسيأتي كيفية قبض الدَّين إذا كان على غير المدين من كلام المصنف.

(ص): **ولا يشترط الإقرار**

(ش): هكذا وقع في كثيرٍ من النسخ - بقافٍ وراءين -، وعليها تكلم (ر)؛ أي: ولا يشترط إقرار المدين بالدَّين؛ لأن رهن المجهول جائزٌ، بخلاف البيع، وكأن المرتهن دخل على أنه إن أقرَّ به، وإلا استوفاه من الأصل، ولم يصح ذلك في البيع، لهذه الجهالة.

(ع): والصواب ضبط اللفظة بالفاء، وراء بعدها زاي بينهما ألف، وهكذا هي في كلام ابن شاسٍ، والغزالي: الذي قصد ابن شاسٍ ينحُو نحوه، تنبيهًا من الجميع على مُخالفة أبي حنيفة في منعه رهن المشاع.

(خ): وقد يُقَالُ: بل الأولى أحسنُ، لمساعدة ما قبلها لها؛ ولأن المصنف سيتكلم على المشاع.

(ص): **ويجوز رهن غلة الدور والعبد**

(ش): تصوره ظاهر، وجوز ذلك بحوز رقبتها، وتُوضَعُ الغلة على يد أمين، أو يختم عليها إن كانت مِمَّا لا يُعرف بعينه.

(ص): **ورهن الآبق والبعير الشارد إن قبض قبل موت صاحبه وفلسه**

(ش): أي: ويجوزُ رهنُ الآبق والبعير الشَّارد، ولم يحكِ المازري وغيره في ذلك خلافًا إذا لم يُقَارِنُ عقدَ بيع.

وخرَّج بعضهم فيه قولًا بالمنع في الجنين.

وردَّ بِأَنَّ الغرر في الجنين أقوى؛ لأنه باعتبار وجوده وعدمه بخلاف الآبق ونحوه، فإنه باعتبار وصفه.

المازري: وأما إن اشترط في عقد البيع، فقولان: بالجواز وعدمه.

ابن رشد: والمشهور الجواز بناء على أنه لا حصة له في الثمن، أو له حصة.

وظاهر المذهب أن الرهن لا حصة له من الثمن، قال في "البيان": والقولان في ذلك قائمان من "المدونة". انتهى.

وأما القول: بأنه لا حصة له، فمن قوله في باب الرهن، فيمن وَكَّلَ رَجُلا على بيع سلعةٍ، فباعها وأخذ بالثمن رهنًا، أنَّ الخيار للمُوَكِّلِ في قَبُولِ الرَّهنِ.

فلم يجعل له خيارًا في رَدِّ البيع وإمضائه، لو كانت له حصة من الثمن لكان الوكيل مُتَعَدِّيًا في بيعه بأقل من ثمنِ المثل.

(ع): وأما القول: بأنه له حِصَّةٌ، فمن قوله: وإن بعت منه سلعةً إلى أجلٍ بثمنٍ على أن تأخذ منه رهنًا ثِقَةً من حقك، فلم تجد عنده رهنًا، فلك نقض البيع وأخذ سلعتك، أو تركه بلا رهن.

وقد يُقال: إنما جعل له في "المدونة" نقض البيع؛ لمخالفة الشرط، لا لنقص الثمن، فانظره.

فرع:

إذا بنينا على القول بمنع اشتراطه في عُقدةِ البيع، فهل يفسدُ البيع باشتراطه أم لا؟ فيه قولان:

المازري: وهما جاريان على الخلاف في الشروط الفاسدة المقارنة للبيع.

وقوله: (إن قبض قبل موت صاحبه وفلسه)، ليس بظاهر؛ لأن رهنَ الآبقِ والشَّارد صحيحٌ، وإن لم يقبضا قبل موتِ صاحبهما، وإِنَّمَا القبض قبل موت صاحبهما شرطٌ في صحة الاختصاص.

(ص): **وفي رهن الجنين: قولان**

(**ش**): المشهور أنه لا يصح، خلافًا لأحمد بن مُيَسَّرٍ، فإنه أَجَازَهُ قِيَاسًا على غيره من الغرر، ورُدَّ بأن الغرر في الجنين أقوى كما تقدَّم.

اللخمي: وهذا إذا كان في أصل عقد البيع.

(ص): **ورهن الثمار قبل بُدُوِّ صلاحها أو بعده**

(**ش**): أي: ويجوزُ رَهنُ الثِّمارِ والزُّروع، ولا خلاف في ذلك إن بدا صَلاحُها، ولهذا كان قوله: (أو بعده)، لا يُحتاجُ إليه، وأما قَبلَ بُدوِّ الصلاح فالمشهور ما ذكره المصنف.

وروي عن مالك عدم الجواز.

وقوله: (وقبله)، يُريدُ: وقد خلقت الثمرة.

المازري: وأما إن لم تُخلق فذلك كرهن الجنين.

(ص): فإن مات الرَّاهن ولا مَالَ لَهُ غيره انتظر بُدو الصلاح

(ش): أي: فإن مات راهنُ الثمرة التي لم يُبد صلاحها، ولم يكن له مالٌ غيره، انتُظر بالثَّمرة بدو الصلاح لتباع، وإنما انتظر بدو الصلاح؛ لأن بيعها قبل ذلك لا يجوز.

واحترز بقوله: (ولا مال له) مِمَّا لو كان له مالٌ، فإنه يُؤخذُ منه؛ لأن حق رب الدَّين في ذمة المديان.

(ص): فإن كان الراهن عليه ديون، وله مال لا يفي بها، فإنه يحاص في الموت والفلس بجُملة دينه، فإذا بدا صلاحها بيعت، فإن وفت ردَّ ما أخذه، وإلا قدر محاصًا للغُرماء بما بقي فما زاد رده عليهم

(ش): مثال المسألة: لو كان عليه ثلاث مائة دينار لثلاثة، لكل واحد مائة، ورهن عند أحدهم ثمرًا أو زرعًا قبل بدو الصلاح، ثم فلس الراهن أو مات، ووجد الغريم مائة وخمسين دينارًا، فإنَّ الثلاثة يتحاصون فيها، فيكون لكل واحدٍ خمسون، نصف دينه، وإنما دخل المرتهن معهم؛ لأن دينه متعلقٌ بذمة الرَّاهن، والثمرةُ لا يمكن بيعها الآن، وقد تطرأ عليها آفةٌ فتُهلكها، فإذا حَلَّ بيعُ الثَّمرةِ بِيعَت، واختصَّ بها المرتهن، فإن بيعت بمائة ردَّ الخمسين التي كان أخذها أولا؛ لأنه قد تَبَيَّنَ أنه كان لا يستحقُّها.

وهذا معنى قوله: (فإن وفت رد ما أخذه)، وإن لم توف، كما لو بيعت بخمسين اختص بها، ثم يُقَالُ له: قد تَبَيَّنَ أَنَّكَ إِنَّمَا كَانَ يَجِبُ لَكَ الحصاصُ بِخَمْسِين، فلا يكونُ لَكَ إلا ثلاثون ثلاثة أخماسها؛ لأن لك خمسين ولكل واحدٍ مِنَّا مائة، فالمجموع مائتا وخمسون، والموجودُ مائةٌ وخمسون، ونسبتها إلى المائتين وخمسين ثلاثة أخماسها، فيمسك بيده من الخمسين ثلاثين مع الخمسين ثمن الزرع، فيكون بيده ثمانون، ويرد العشرين الفاضلة، فيكون لكل واحدٍ منهما عشرة مع الخمسين أولا، فيكون لكل واحدٍ سِتُّونَ، وهذا معنى، قوله: (وإلا قدر محاصًا للغرماء بِمَا بَقِيَ فَمَا زَادَ رَدَّهُ عليهم).

وهذا الذي ذكره المصنف في كيفية العمل هو قول ابن القاسم.

وخالف في هذه الكيفية يحيى بن عمر، ووافق في المعنى، فقال: بل ينظره، فإن كان بيد كل غريمٍ نصف حقه أو ثلثه، فليحبس هذا مِمَّا بِيَدِهِ قدر نصف أو ثلث ما نقص من ثمن الزرع عن دينه؛ لأنَّه بِهِ كان يجب الحصاص، ويرد ما بقي، فيتحاصص هو وَهُم بقدر ما بقي لكل واحدٍ، فعلى قوله: يسقط من دين المرتهن خمسون، ثمن الزرع يبقى له عن دينه خمسون، وقد كان أخذ كُلُّ واحدٍ من الغريمين الذين لا رهنَ

بيدهما: خمسين نصف دينه، فيأخذ هذا من الخمسين خمسة وعشرين يَتَحَاصَّان هُمَا والمرتهن فيها، وقد علمت أنَّ الباقي للمرتهن خمسةٌ وعشرون ولكلِّ واحدٍ منهما خمسون، فمجموعُ ذلك مائة وخمسة وعشرون، ونسبة الخمسة والعشرين المردودة من يد المرتهن إليها الخمس، فيأخذ كل واحد خمس دينه، فيأخذ المرتهن منها خمسة يضيفها إلى الخمسين ثمن الزرع، وإلى الخمس والعشرين التي وجبت له بالحصاص، فذلك كله ثمانون، ويحصل لكل من الغريمين الباقيين عشرة مضافة إلى الخمسين الحاصلة له أولا فذلك ستون.

ولعل المصنف لما رأى هذا الخلاف لا يجدي معنى تركه لذلك، ولما كان قول ابن القاسم أحسن في العمل اقتصر عليه، والله أعلم.

(ص): **ويصح رهن المُساقَى والمُشَاعِ والمستأجر للمستأجر وغيره**

(ش): يعني: إذا دفع رَجُلٌ حائِطًا مُسَاقَاةً لِرَجُلٍ، فإنه يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرهَنَ ذلك الحائط، وكذلك يصحُّ رَهنُ المُشَاعِ، خلافًا للحنفية، وحكاه (ع) روايةً في المذهبِ.

وذكر المازري عن أبي الطَّيب عبد المنعم أَنَّهُ خَرَّجَ قولا كمذهب الحنفية من قول من قال من أصحابنا: إنَّ هبة المشاع لا تصحُّ، المازري: وهذا النقل الذي نقله والتخريج الذي خَرَّجَهُ لم أسمعه من أحدٍ مِنْ أَشْيَاخِي.

وقوله: (والمستأجر)؛ أي: ويصح رهن الشيء المستأجر لمن هو في إجارته وغيره.

وقد اتضح لك أن (المُساقَى) اسم مفعول، وأن (المُستأجَر) الأول كذلك، بخلاف (المُسْتَأْجِرِ) الثاني، فإنه اسم فاعل.

فرع مرتب:

إذا صَحَّ رَهنُ المُساقَى، فَإِمَّا أن يَرهَن الحائطَ للعاملِ فيه أو لا؟

فإن رهن للعامل فسيتكلم المصنف على حيازته، وإن رهن لغيره ففي "الموازية": يجعل المرتهن مع المساقى رجلا، أو يجعلانه على يدِ رَجُلٍ يَرضَيَانِ بِهِ.

وقال مالكٌ: لا يَصِحُّ الرَّهنُ إذا كان المُسَاقَى أو أجيرٌ له في الحائط، وَإِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا جَعَلاهُ بِيدِ غيرِ مَن في الحائطِ.

وكيفية جواز المستأجر - كما قاله ابن القاسم في "الدمياطية " فيمن ارتهن بعيرًا وهو في الكراء - إن كان المرتهن يعلفه ويقوم به فهو حوز.

(ص): **ويجوز رهن الأمِّ دونَ وَلدِهَا، ورَهنُ الوَلدِ دُونَ أُمِّه على المشهور، وتكون**

معه عند المرتهن

(ش): تصوره ظاهرٌ. وقوله: (على المشهور)، ظَاهِرُهُ عَودُه إلى المسألتين، أي: رَهنُها دُونَ وَلَدِهَا والعَكسُ، وظاهره أيضًا: أنَّ مُقَابِلَ المشهُورِ المنعُ، وعلى ذلك مَشَّاهُ (ع)، ووجَّه للمشهور بِأَنَّهُ لا مَانِعَ له.

والشَّاذُّ بِأنَّ ذلك يُؤدِّي إلى التفرقة عند الحاجة إلى بيعِ الرَّهنِ، وفيه نظرٌ؛ لأنَّا نَحكُمُ ببيعِ المرهُون مِنهُمَا مع الآخر، ويكونُ المرتهن أحقُّ بالرَّهنِ فَقَط.

ويحتمل أن يعود على الثانية، وهو رهن الولد، لأنه في "الجواهر " إنما حكى الخلاف فيها، ولأني لم أقف في الأولى على قول بالمنع، وإنما حكى ابن رشد فيها الجواز والكراهة.

وفي المازري: ويجوز رهن الأم دون ولدها، وقد ذكر بعضُ أصحابنا أنَّ المذهب في هذا على قولين، تَعَلُّقًا بِمَا في "المستخرجة"، فقال: اتُّفِقَ على مَنعِ التفرقة بالبيعِ، واختلف في ذلك في الرهن، ففي "المستخرجة " عن مالكٍ كراهةُ ذلك.

قال يحيى بن عُمر: فسألتُ ابنَ وَهبٍ عن ذلك، فقال: لا بَأْسَ بِهِ، وعندي أنَّ هذا الاختلاف إن ثبتَ فإنما يحسنُ إذا لم يُفرَّق بين الولد وبين أُمِّه تَفرِقَةً يَلحقُه الضَّررُ الشَّديدُ منها، ويلحقها من تعلق نفسها به، إذا حيل بينه وبينها، انتهى.

والظاهر من جهة المعنى أنَّه لا فرق بين رهن الولد دُون أُمِّه، وبين العكس، وكلام المصنف مقيد بقيدين:

أولهما: أن يكونا في ملك، فإن كانا في ملكين فلا شكَّ في جواز رهن كل منهما دون الآخر.

ثانيهما: أن لا يبلغ الولد حد التفرقة.

وفي "البيان": رهن العبد الصغير دون أمه على ثلاثة أوجه:

١ - إن رهنه شرط أن يحوزه دون أمه، فهو رهن فاسد، لا يجوز ويفسخ.

٢ - وإن رهنه على أنه يحوزه مع أمه، فهو رهنٌ، واختلف هل يكره ابتداءً؟ وهو قول مالكٍ، أو لا يُكره؟ وهو قول ابن وهب وهو الأظهر؛ لأنه لم يفرق بينهما في ملكٍ ولا في حَوزٍ، وكرهه مالك لوجهين ضعيفين:

أحدهما: أنه رأى المرتهن كَأَنَّهُ مَلَكه لما كانَ أحقَّ به.

والثاني: أنَّه لما كان لا يُبَاعُ مُنْفَرِدًا صَارَ في مَعْنَى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

٣ - الوجه الثالث: إن رهنه دون شرط فيُجبر على أن يَحُوز أمَّه معه، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد.

ويتخرج على معنى ما في "المدونة" من كتاب التجارة إلى أرض الحرب: أنه إذا أبى الراهن أن يحوز الأم، وأبى المرتهن إلا أن يجوز رهنه، أن يُبَاعَا جَمِيعًا مِن رَجُلٍ وَاحِدٍ، فيكون للمرتهن ما نَابَ الرهن من الثمن رهنًا.

وهذا كُلُّه إذا كان معها في البلد، وَأَمَّا إن رهن الصَّبيَّ بِبَلَدٍ، وَأَرَادَ أن يخرج بِأُمِّه إلى بَلَدٍ آخر، فقال مالك: لا خير فيه. قال: ولا خلاف في ذلك؛ إذ لا كلام في أنه لا يجوز أن يفرق بين الوالدة وولدها في الحوز وإن جمعهما المِلْكُ.

(ص): **وما لا يُعرف بعينه إن لم يطبع عليه، أو يُوضع تحت يد أمين امتنع مطلقًا، وقال أشهب: إن كان نقدًا؛ لقوة التهمة**

(**ش**): يعني: أنَّ الرهن إن كان مِمَّا يُعرَف بعينه كالحيوان والثياب، - قال في "المدونة": والحلي - جاز أن يُوضع تحت يد المرتهن وغيره، وإن كان مِمَّا لا يُعرفُ بعينه، فالمشهور أنَّه مُمتنعٌ، إلا أن يطبع عليه، أو يُوضع **تحت** يد أمين.

المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه، ولم يُوضع تحت يد أمينٍ حمايةً للذَّريعة، أَنْ يكون الرَّاهنُ والمرتهن قَصَدَا أن يَقبِضَا عَلَى جِهَةِ السَّلَفِ، وسَمَّيَا ذلك القبض رَهْنًا، واشتراطُ السَّلَفِ في المُدَايَنَةِ والمُبَايَعَةِ مَمْنُوعٌ، والتَّطَوُّعُ بِهِ كهبة المُديان.

وقوله: (مطلقا)؛ أي: كان نقدًا أو طعامًا مكيلا أو موزونًا. وقال أشهَبُ: إنَّمَا يمتنع في النقد. وهكذا نقل المازري، ولفظه بعد أن ذكر أَنَّهُ يمتنعُ رَهنُ الدراهمِ والدنانير إلا أن يُطْبَعَ عليها: وإن كان مِمَّا لا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وليس من الأثمان التي هي الدنانيرُ والدَّراهم والفلوس كالمكيل والموزُون، فإنَّ في ذلك قولين، المشهور منهما إلحاق ذلك بالدنانير والدراهم، وأجاز أشهب ذلك؛ لأن المتصرف في الدراهم والدنانير مِمَّن وضع يده عليها بغير إذن مالكها مستخف، وَيَبْعُدُ استخفافُ مثل ذلك في المكيل والموزون.

وظاهر كلام المصنف أنَّ أشهَبَ يُوافِقُ على المنعِ في الدَّراهِمِ والدَّنانير.

والذي نَقَلَ عنه الباجي وابنُ يونُس وابن شاسٍ - واللَّفْظُ لَهُم جميعًا - أَنَّهُ قال: لا أُحِبُّ ارتهانَ الدَّراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ إلا مطبوعةً عليها؛ للتهمة في سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها إن عُثر على ذلك، وظاهر هذا أنَّ الطبعَ عنده في النقد مستحبٌّ.

وقوله (ع): إنَّ نقل المصنف قولَ أشهب قريبٌ من نقلِ الباجيِّ عنه، بعيدٌ من كلام ابن يُونُس، ليس بظاهرٍ؛ لأن لفظهما سواء.

(ص): ويجوزُ رَهْنُ المدبَّر، ويُستوفى من خراجه أو من ثمنه بعد موته مفلسًا

(ش): المدبَّرُ لا يُبَاعُ، فلذلك يُستوفى من خدمته، فإذا مات سيده مُفلِسًا بِيعَ، وقُضيَ المُرتَهِنُ من ثمنه، فالضمير في (خراجه وثمنه) عائدٌ على المدبَّر، والضمير في (موته) عائدٌ على السيد.

وقوله: (مفلسًا)، حالٌ من المضاف إليه؛ لأن المضاف - وهو الموتُ - مصدرٌ، وهي مسألة خلافٍ في العربية.

اللخمي: ورهنُ منافع المدبَّر ورقبته مفترق، فإن رهن خدمته مدةً معلومةً يَجُوز بيعها ليُؤاجر المرتهن تلك المدة جاز في عقد البيع وبعده، وإن رهن جميع خدمته جاز بعد العقد، ويختلف إذا كان في العقد، وإن رهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال له بيع المدبر وكان في أصل العقد جرى على الخلاف في رهن الغرر؛ لأنه لا يُباعُ له الآن، ولا يدري متى يموتُ السيدُ؟ انتهى.

وهذه الصورة الثالثة هي التي ذكرها المصنف.

اللخمي والمازري: وأما إن رهن رقبته المبتاع لتباع له الآن فلا يجوز.

واختُلف هل يعودُ الرَّهنُ في الخدمةِ؟ وَتُبَاع له وقتًا بعد وقتٍ حسب ما يجوزُ من بيعها، كمن ارتهن دارًا، فثبت أنها محبسة على من رهنها، فقيل: لا يعود حقه إلى المنفعة؛ لأنه إنما رهنه الرقبة، وقيل: إن الرهن يتعلق بمنفعتها وكرائها؛ لأن المنفعة كجزء منها، يجوز رهنه وبيعه، فلا يبطل هذا الجزء ببطلان ما أخذ منه.

(ص): ويجوز رهنُ المكاتَبِ، ويُستَوفَى من كتابته أو من ثمنه إن عجز

(ش): يعني: ويجوز رهن المكاتب، ويستوفي المرتهن من كتابته، فإن عجز استُوفي من ثمنه، وانظر هل يجري على رهن الغرر بهذا المعنى أم لا؟ لأنَّ بيع الكتابة جائز، مع أن هذا الغرر حاصلٌ في البيع، وكل ما جاز في البيع جاز في الرهن من غير عكس، وهذا هو الظاهر، والله أعلم.

(ص): ويجوز رهن المستعار للرهن، ويرجع صاحبه بقيمته، وقال أشهب: بما أدَّى من ثمنه ويأخذ الفضل

(ش): يعني: لَيسَ مِنْ شرطِ الرَّهن أن يكون مَمْلُوكًا للرَّاهن، بَل يَجُوزُ أن يرهنَ مَا استعارَه، فإن أدَّى الرَّاهن مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّين رجع المستعار إلى معيره، وإن فلس الراهن

بيع الرهن، وقبض المرتهن ثمنه.

واختلف بماذا يرجع المعير على المستعير؟ واختصر أبو محمد "المدونة" على أنه يرجع بقيمته، وكذا روى "المدونة" يحيى بن عمر وغيره، واختصرها البراذعي على أن المعير يرجع على المستعير بما أَدَّى عنه من ثمنها، وكذا وقع في بعض الروايات، يحيى: وهي أصوب من الأولى، وهو قول أشهب؛ أي: لأنه بإعارته له كمسلف ثمنه؛ لأنه لذلك أعاره، كَمَا قَالُوا في الضامن يتوجه عليه عرم سلعة بسبب ضمانه أنه إنما يرجع بثمنها لا بقيمتها؛ لأنَّ كفالته بهذه السلعة تستلزم تسليف الثمن إن احتيج إليه.

ولسحنون ثالثٌ: لأنه قال: إن شاء ضَمَّنَه قيمته يوم رهنه، ففهم منه التخيير، وقول المصنف: (ويأخذ الفضل)، هو من تتمَّة قول أشهب، وذلك أنا إذا قلنا: يرجعُ عليه بقيمةِ السلعة، ويقدَّرُ أنَّ المعيرَ أسلفَ السلعة للمُستعير، فالسلعة مبيعةٌ على ملك المستعير، فإذا بيعت بزيادةٍ عن الدَّين لا يختصُّ بِهَا المُعِيرُ، وعلى قول أشهب يختصُّ المعير بالزيادة؛ لأنه عدَّه مسلفًا لمقدارِ دَينِه من ثمن السلعة، والزيادةُ على ذلك لم يلتزم فيها سلفًا، فيبقى على ملك المُعير، ولهذا قال أشهب: لو فضلت عن الدَّين فضلةٌ بعد قضاء السلطان بالبيع والوفاء فوقفها فضاعت فذلك من ربها، وليس على المستعير إلا ما قضى عنه.

وكان ينبغي على قاعدة أشهب أن يضمن قيمته، إذ الضَّمَانُ عِنْدَه ضمانُ إِحَالَةٍ، فقد تعلَّقت القيمةُ بذمة المستعير يوم قبض العارية، بخلاف ما قاله هُنَا أَنَّهُ يضمنُ مَا أدَّى من الثَّمنِ.

(ص): **فلو هَلَكَ أتبعَ المعيرُ المستعيرَ، وأتبع المستعيرُ المرتهن، فإن كان مِمَّا لا يُغَابُ عليه فلا ضمان عليهما**

(ش): يعني: فإذا هلكت السلعةُ عند المرتهن، فإن كانت مِمَّا يُغَابُ عليه تَوَجَّهَ الغُرمُ على المستعير والمرتهن، كما في كل عاريةِ رهنٍ، فيَتبعُ المعيرُ المستعيرَ بقيمتها يوم قبض العارية.

وقال (ع): ويتبعُ المستعيرُ - وهو الرَّاهنُ - المرتهنَ بقيمتِها يوم القبض أو يوم الهلاك أو يوم الرَّهن. كما سيأتي.

وفي "البيان " عن أشهب: أنَّ المستعير يغرم للمعير قيمته يوم يطلبه به.

قال: وفيه نظرٌ. وإذا أتبع المستعير المرتهن، فإنَّه يقاصه، ومن فضَلَت له فَضْلَةٌ أخذَها.

وإن كانت السلعةُ مِمَّا لا يُغَابُ عليه، فلا ضَمانَ على واحدٍ منهما، كما في سائرِ العواري والرِّهان.

(ص): ولو رهنه في غير مَا أَذِن له ضمنه، وقال أشهب: يكون رهنًا فيما كان أذن فيه

(ش): يعني: إذا أذنَ له أن يرهنه في شيءٍ فرهنه في غيره، وفرضها في "المدونة" فيمن أعرته سلعةً ليرهنها في دراهم مسمَّاة، فرهنَها في طعامٍ، فقال: أراهُ ضامنًا لمخالفته.

ونقلها أبو محمد: وَمَنْ أعرتَه عبدًا ليرهنه في دراهم، فرهنه في طعامٍ فهو ضامنٌ؛ لتعدية.

قال: وقال أشهبُ: لا ضمانَ عليه في العبدِ، ويكون رهنًا في عددِ الدَّراهم التي رضي بها السيدُ.

وجعل المصنف قول أشهب مخالفًا، تبعًا لابن أبي زيدٍ وغيره.

وجعل ابنُ يونس القولين متفقين، فحمل قول ابن القاسم على مَا إِذَا أَقَرَّ المستعيرُ للمُعِيرِ بذلك، وخالفهما المرتهن، وَلَمْ يشأ المعيرُ أن يحلف، فلذلك لم يقبل اتفاق المعير والمستعير على المرتهن حتى يحلف المعير على ما ادَّعاه.

ابنُ يونس: فإذا حلف كان رهنه رهنًا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ من الدراهم، فإذا لم يحلف كان له تضمين المستعير بتعديه. وحمل قول أشهب عَلَى مَا إِذَا حلف أَو أَقَرَّ لَهُ المرتهن بذلك، قال: فيتفق القولان.

(ص): والغلة للراهن

(ش): أي: أنَّ غلة الرَّهن للراهن؛ لأنه على ملكه، ويتسلم الرَّاهن الغلة على المشهور، وفي "المبسوطة " لمالك: من استرهن دارًا أو عبدًا - قبضه أو لم يقبضه - فإن إجارة العبد والدار تجمع، لا تصل إلى الراهن ولا إلى المرتهن، حتى يفك الرهن، فيكون تبعًا للرهن، فإن كان في الدار أو العبد كفافُ الحق كانت الإجارة للراهن.

قال في "البيان": وهذه الرواية شاذةٌ لا تعرف في المذهب، ودليل الأول: ما رواه مالك مرسلا وغيره مسندًا أنه صلى الله عليه وسلم، قال: "لا يُغلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنُ لِمَنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنمُهُ، وعليهِ غُرْمُهُ".

(ص): وإذا اشترط المرتهن منفعته مدة معينة جاز في البيع دون القرض؛ لأنه إجارة

(ش): لما ذكر أن الغلة للرَّاهن، ذكر أنَّه يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن مدَّةً مُعينةً، بشرط أن يكون ذلك في بيع، فإن كان في قرضٍ لم يجز.

واحترز (بالمدة المعينة) من غيرها، فيمنع؛ للجهالة.

وقوله: (لأنه إجارة) يحتمل أن يكون تعليلا لجواز الاشتراط في البيع أو لمنعه في القرض.

أما بيان الأول: فلأن استثناء المنفعة مدة معينة يرجع إلى الإجارة، فصار بائعًا للسلعة بثمن سمَّاه، وبعمل الدَّابة مثلا، وذلك جائز؛ لأن المشهور جواز اجتماع البيع والإجارة.

وأما بيان الثاني: فلأنه إذا كان إجارةً يلزمُ السلف بزيادةِ الإجارةِ، والأقربُ إلى لفظه الأول؛ ولأنه كذلك في "الجواهر " وغيرها.

وظاهر كلام المصنف أنَّه لا فرق بين الحيوان وغيره، وهو اختيار ابن القاسم، ففي "المدونة" قال مالك رحمه الله: وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن، فإن كان الدَّين من قرضٍ لم يجز؛ لأنه سلفٌ جرَّ منفعة، وإن كان الدَّين من بيع وشرط منفعة الرهن أجلا مُسَمَّى، فلا بأس به في الدُّور والأرضين، وكرهَه مالكٌ في الثِّياب والحيوان؛ إذ لا يَدري كيف ترجعُ إليه، وقال ابن القاسم: لا بأس به في الثياب والحيوان وغيرها؛ لأن ذلك إجارة.

وعن مالكٍ أيضًا، كقول ابن القاسم: وبه قال أشهب وأصبغ.

التونسي: وَيَأْتِي على قول مالك في هذه المسألة أنه لا يجوز رهن الغرر في أصل البيع خلاف ظاهر الروايات في "المدونة" وغيرها.

قال في "البيان": وَكَرِهَ ذَلِكَ مَالك، ولم يَقُل هذا الحكم فيه إذا وَقَع، ويتخرَّج في ذلك أربعةُ أقوال:

الأول: أنه يفسد البيع والرهن، فلا يكون أحق به من الغرماء.

والثاني: فسادُ البيع وصحة الرهن، فيكون رهنًا بالأقل من الثمن أو القيمة.

والثالث: أنه لا يفسدُ البيعُ، ولا يبطلُ الرَّهنُ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ ذلك ابتداءً، قال: وهو ظاهر "المدونة".

والرابع: أنه يصح البيع ويبطل الرهن، فلا يكون أحق به من الغرماء.

القابسي: وإنما كره ذلك مالك في الثياب؛ لأنها تُضْمَنُ فِي الرَّهن، ولا تُضْمَنُ في الإجارة، فكره اجتماعهما للشَّكِ في الحكم إذا أتلفها، قال: وأما الحيوان فقد اختلف

قول مالك في وجوب ضمانه على المرتهن.

وقوله في هذه المسألة يَدُلُّ على قوله: أن المرتهن ضامنٌ للحيوان.

ورده في "البيان " بأن هذا لا يصح؛ لأن مالكًا قد بَيَّنَ أَنَّهُ إِنَّمَا يكره ذلك؛ لأنه لا يَدْرِي كيف ترجع الدابةُ والثوب؟

وانظر قوله في "المدونة": وكرهه مالك في الثياب، هل أراد التحريم؟ أو الكراهة على بابها؟ والذي نقل اللخمي عنه المنع.

فروع

الأول: اختلف المتأخرون إذا ضاع الرهن المشترط منفعته، وهو مِمَّا يُغَابُ عليه، فقيل: يضمنه؛ لأنه رَهنٌ، وقيل: لا يضمنُه، كسائر المستأجرات.

وقال التونسي: يُنظرُ إلى القدرِ الذِي يَذهبُ منه بالإجارةِ، فَإِذَا كَانَ الثَّوبُ مثلا يَنقُصُ باستعماله المدةَ المشترطةَ الربعُ، فيكون ربعُه غيرَ مضمونٍ؛ لأنه مستأجرٌ، وثلاثة أرباعه مضمونٌ؛ لأنه مرتهنٌ، إن لم تقم بينةٌ.

واعترضه صاحب " البيان"؛ لأنه إنما ارتهن جميعه واستأجر جميعه، فإما إن يُحكم له بحكم الرهن أو الإجارة، ولم يرهن بعضه ويؤجر بعضه، حتى يسقط عليهما، قال: والصواب أنه يغلب عليه حكم الرهن.

الثاني: الكلام المتقدم إنما هو إذا اشترط المنفعة في عقد البيع، وأمَّا إن أباح له الانتفاع بعده، فلا يجوز في بيع ولا قرض؛ لأنه إن كان بغير عوض هديةُ مديان، هكذا نَصَّ (ر) وغيره على المنع، وإن كان بعوضٍ جرى على الكلام في مبايعة المديان، قاله اللخمي.

الثالث: إذا اشترط أن يأخذ الغلَّة من دينه جَازَ في القرضِ، ولا يجوز في عقدة البيع؛ إذ لا يدري ما يقتضي، أيقلُّ أَم يكثُر؟ نَصَّ على ذلك في حريم البئر.

الرابع: حيث أجزنا اشتراط المنفعة، فإنما نجيزُه فيما يَصِحُّ كراؤه، فلا يجوز اشتراط منفعة الأشجار، إلا لا يصح كراؤها لأخذ ثمارها، إلا أن تكون ثمرتها قد طابت، فيجوز اشتراطها في ذلك العام فقط.

الخامس: إذا رهنه وأذن له في الكراء، وأن يقبضه من دينه، ففرَّط في كراء ذلك، حتى حَلَّ أجلُ الدَّين، فإن كان ربُّ الدَّين حاضرًا، وقد علم أنَّه لم يُكرِها، ولم يُنكر، فلا شيء على المرتهن، وإلا ففي تغريمه، كراء المثل قولان:

لابن الماجشون وأصبغ:

فضلٌ: وقول ابن الماجشون بالتغريم هو أصلُ ابن القاسم، هكذا حكى (ر).

وقال الباجي: إذا ترك المرتهن إكراء الدَّار حتى حلَّ الأجلُ، فإن كانت من الدُّور التي لها قدر، كدور مكة، أو دور مصر، أو كان العبد نبيلا، ارتفع ثمنه.

لخراجه، فلم يكره، فهو ضامن لأجر مثله، وإذا لم يكن له كبيرُ كراءٍ، ومثل يُكرَى أو لا يُكرَى لم يضمن، قال ابنُ حبيب، عن ابن الماجشون.

قال أصبغُ: لا يضمن في الوجهين: وكذلك الوكيلُ على الاكتراء يترك ذلك، فلا يضمن.

(ص): ورهنُ فَضْلَةِ الرَّهنِ برضا الأوَّل جائزٌ، وحوزه حوزٌ له، وقال أصبغُ: لا يعتبر رضاه إذا علم ليحصل الحوز

(ش): يعني: إذا رهنت رهنًا في دَيْنٍ، وكانت قيمته أكثر من الدَّين، جَازَ لَكَ أَنْ ترهن الفضلة، ثم إن رهنتها من المرتهن الأول فلا إشكال، ولذلك لم يتعرض له المصنف، وإن كان لغيره فيه فيشترط علم الأول.

وهل يشترط رضاه بذلك؟

١ - اشترطه في "المدونة". وقال في "البيان": وهو المشهور.

٢ - ولم يشترطه أصبغ، قال: إذ لا مضرة على الأول؛ لأنه مُبَدًّأ قبل غيره.

واختار ابن حبيب الأول؛ لأنه إنما اشترط علمه؛ ليكون حوزًا للثاني، وكيف يكون حوزًا للثاني، وهو لم يرض بذلك؟

٣ - ولمالك في "الموازية" قول ثالث: أنه لا يجوز رهن فضلة الرهن لثانٍ إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول، إلا أن يخرج الرهن من يد الأول؛ لأنه قد قبضه لنفسه.

٤ - وحكى في البيان رابعًا: أن الفضلة تكون رهنًا، وإن لم يعلم الأول، وهو قول ابن القاسم في "المبسوطة"، وقول أشهب في "الواضحة".

ونقل المصنف قول أصبغ فيما إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول، وكذلك نقله صاحب " البيان"، ولم ينقله اللخمي وابن يونس إلا فيما إذا كان الرَّهْنُ بِيَدِ عَدْلٍ، ولذلك احتاج اللَّخمي أن يُخَرِّجَ قَولا بعدم اشتراط رضا المرتهن الأوَّل، إذا عَلِمَ وكان الرَّهنُ تَحتَ يَدِهِ مِمَّا قاله مَالِكٌ في المخدَمِ يهبُ صاحبه رقبتَه لغير المخدَم أنَّه يجوز، وإن لم يرض المخدم ولم يَعلَم.

تنبيه:

إنما يُشترطُ رضا الأول إذا كان الرهن على يده، قال في "البيان": وأمَّا إن كان

الرَّهن موضوعًا على يدِ عدلٍ، فالاعتبارُ في ذلك إِنَّمَا هُو بعلمه دون علم المرتهن.

فرع:

إذا كان الرهن بيد المرتهن، وهو مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، ورَهنَ فضلتَه من غيره ثم هلك الرهن، ففي "المدونة": يضمن المرتهن مبلغ دَيْنَهِ، وهو في الباقي أمين، ويرجع المرتهن الثاني بدينه؛ لأن فضلة الرَّهن عَلَى يَدِ عَدْلٍ.

وقال أشهب في "الموازية": ضَمَانُه كُلُّه من الأوَّل، قال: كَمَا لَو كَانَ بِيَدِ الثاني لم يكن عليه ضمان؛ لأنه رهنٌ للأوَّل، وإنما لهذا الفضل لو كانت.

اللخمي: وعلى أصل ابن القاسم يضمن الثاني الفضل.

ابن يونس: وإنما يَصِحُّ أن لا يضمن الأوَّلُ منه إلا مبلغ دينه - على قوله في "المدونة" - إذا كان أحضر الثوب وقت ارتهان الثاني فضلته، أو علم بالبينة أنه قائمٌ عنده، وإلا كان ضمان الجميع منه؛ إذ قد يكون تلف الثوب قبل ذلك، ووجب عليه ضمانه، وقاله بعض أصحابنا.

(ص): فإن كان برضاه وسبق أَجَلُ الثاني قسم إن أمكن وإلا بيع وقضيا

(ش): فرع على القول باشتراط الرضا؛ لأنه المشهور؛ أي: فإن كان ارتهان الثاني برضا الأول (وسبق أجل دين الثاني قسم)؛ أي: الرهن إن إمكن القسم، (وإلا)؛ أي: وإن لم يمكن قسمه بيع؛ أي: الرهن، (وقضيا)؛ أي: المرتهن الأول والثاني؛ لأن الثاني إنما له الفضلة عن دين الأول، ولا إشكال إذا كان أجل الثاني مساويًا ، أو أبعد، ولذلك لم يتعرض المصنف له.

وقوله: (بيع)؛ أي: إذا كان فيه فضلٌ.

ابن القاسم في "العتبية": وإن لم تكن فيه فضلةٌ لم يبع حتى يحلَّ الأوَّلُ.

ولمالك من رواية أشهب في "العتبية" و"الموازية" فيمن رهن رهنًا في دَينٍ إلى ستةٍ أشهر، ثم ابتاع سلعةً من رجلٍ آخر بثمنٍ إلى شهر، ورهنه فضلة الأول على أن الأول مُبَدَّأٌ عليه، فحلَّ أجلُ الآخرِ، فقال مالكٌ: أَعَلِمَ الآخرُ: أَنَّ دَيْنَ الأوَّلِ إلى سِتَّةِ أَشْهُرٍ؟ قيل: لا، قال: أرى أن يُبَاعَ الرَّهنُ، فَيُعجَّل للأوَّل حَقُّه كله قبل محله، ويُعطَى الثَّاني من دينه ما فضل.

ابن المواز: وقاله أشهب.

وقال: هذا إذا بِيعَ بعينٍ أو بِمَا يُقضَى بمثله، وحقُّ الأوَّلِ مثلُه.

وأما إن بيع بِعَرْضٍ، فإن كان مثل الذي عليه، أو بيع بدنانير، وله عليه دراهم، أو

بيع بطعامٍ مُخَالِفٍ لما عليه، فإنه يُوضعُ له رهنًا إلى حُلُول حَقِّه.

وقال سحنون في "المجموعة": سواء عَلِمَ الأولُ أن حَقَّ الثاني يَحِلُّ قبلَه، أو لم يعلم، فإنه إن بيع بمثل دينه فليُعجَّل له.

وقال في موضع آخر: إلا أن يكون حَقُّهُ طعامًا من بيع، فيأبى أن يتعجله فذلك له.

التونسي: وقول مالك: أعَلِمَ؟ يحتمل لو علم، لم يجز هذا البيع؛ لأنه باع من الثاني على أن يعجل الأول حقه، فيصير بيعًا وسلفًا؟ لأنه لما رهنه فضلة الرهن الأول إلى ستة أشهرٍ لم يقدر على بيع الرهن إلا أن يتعجل دَينُ الأول.

واستشكل قول أشهب هذا إذا بِيعَ بِعَينٍ، أو بِما يُقضى بمثله، فإنَّ ظاهره: أن الدَّين الأول كان من بيعٍ، ولم يكن قرضًا.

ألا ترى إلى قوله بعد هذا: فأمَّا إن بيع بعرضٍ، فهذا دليلٌ على أن ذلك الدَّين يُقضى بمثله، كان دينه من بيعٍ، وأنه جعل له تعجيله، وهذا قول غير معروفٍ.

ثم قال: وفي بيع الرهن بالطعام والعروض اعتراضٌ، وكيف يصحُّ أن يُباع بطعامٍ أو عُرُوضٍ؟

ويجب أن يُنقضَ إذا بيع بخلاف العين. فقال: فهذه مسألة جرت كلها على أمرٍ مشكل.

(ص): ولو رهنه رهنًا في قرضٍ جديدٍ مع القديم فَسَدَ، ولم يكن رهنًا إلا في الجديد

(ش): مثاله: لو استسلف أولا مائة بلا رهنٍ، ثم استلف مائة أخرى، وأعطاه بها، وبالأولى رهنًا، وفي معناه: أن تكون المائة الأولى من بيعٍ.

وقوله: (القديم)، ظاهره: القرض القديم، فلا يَصدقُ إلا إلى على الصورة الأولى، ويحتملُ الدَّين القديم فيعم.

قوله: (فسد)؛ أي: الرهن في الدين القديم، هذا ظاهر لفظه.

ويحتمل: فسد القرض، وهو الذي يؤخذ من " الجواهر"، ومقتضى كلامه في "الجواهر": أنا لو اطَّلعنا على ذلك قبل قيام الغُرماء لرددنا الرهن. ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف.

وقوله: لم يكن رهنًا إلا في الجديد، هو مذهب "المدونة".

وحكى ابن المواز قولا آخر: أنَّه يبطل نصف الرهن، ويبقى نصفه رهنًا بالمائة الأخرى، ووجَّه ابن المواز الأول بأنه بمنزلة من رهن سلعتين، فاستحقت إحداهما، فإنَّ

الثانية رهنٌ بالجميع، وكالمرأة تأخذ رهنًا بالصَّداق، ثم تطلق قبل البناء، فجميعه رهنٌ بنصفه، وظاهر كلامه أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الأول برهن أو لا، وهو مذهب "المدونة".

ونقل اللخمي عن مالك أنه قال: لا خير فيه، وقَيَّدَ مُحَمَّدٌ ما أجازه مالك إذا كان بالأول رهن بما إذا كان فيه وفاءٌ، وأما إن لم يكن فيه وفاءٌ، فلا يجوز.

وألحق بعضهم بذلك إذا كان الأوَّلُ يَعسُرُ بيعه، أو لم يكن مأمونًا في عدم الجواز.

اللخمي: والأول أحسن؛ لأن الطالب لا يزيد قرضًا؛ ليزيده رهنًا إلا لأمرٍ يتخوفه، وقيَّد ابن المواز "المدونة" بأن يكون الدَّين مؤجلا، قال: وأما إن كان الأول حلالا فذلك جائز، إلا أن يكون عديمًا.

ابن المواز: ويجوز عندي وإن كان عديمًا إن كان الرهن له، ما لم يَكُن عليه دَيْنٌ أحاط به؛ لأنه إذا كان الأول حلالا، فالتأخير به كسلفٍ ثانٍ، فيصير تأخير الأول، وإنشاء الثاني كسلف واحد أُنشِئ الآن، إلا أن يكون عديمًا؛ أي: لأنه حينئذٍ لا يتمكن رَبُّ الدَّين من القبض، فلا يكونُ تأخيره حينئذٍ كابتداء سلف؛ لأن الحكم يُوجب تأخيره، فإن كان الرهن له فهو كالمليء، وإن كان عليه دين أحاط به، فلأنه حينئذٍ يخشى قيام الغرماء عليه فيحاصونه، فإذا رهنه ذلك اختص هو به، فحصلت له المنفعة بسبب السلف.

(ص): **ولا تندرج الثمار موجودة أو معدومة إلا بالشرط**

(**ش**): يعني: لو رهنه الرهن وأطلق، فإن ثمرته لا تدخل في الرهن، سواء كانت موجودة حين الرهن أم لا، وهذا هو المشهور.

وعن مالك أنها تدخل، فإن اشترطت دخلت اتفاقًا إن كان الدَّين من بيعٍ، وكذلك القرض على المشهور.

وروى ابن نافع أنه لا يجوز اشتراط اندراجها فيه.

واختلف المتأخرون هل تدخل الثمرة إذا تناهت ويبست؟ قياسًا على ما قاله ابن القاسم في الصوف المستجز، وإليه ذهب بعض القرويين، أو لا تدخل؟ والفرق بينهما أن الثمرة تترك لتزداد طيبًا، فهي غلة لم يرهنها، والصوف لا فائدة في بقائه، فكان سكوته عليه دليلا على إدخاله في الرهن، ونص ابن القاسم على أن الثمرة لا تدخل وإن أزهت.

قال: وإن ارتهن نحلا فالعسلُ للرَّاهن مثل الثمرة.

أبو محمد: يريد: ولا يكون رهنًا.

(ص): **وكذلك مال العبد وخراجه**

(ش): أي: فلا يدخل ماله إلا بالشرط، وحكى في "الاستذكار " أنَّ ذلك لا يدخل في الرهن عند الجميع.

وقال في "المقدمات"، وروي عن مالك أنَّ الغَلَّةَ سواءٌ كانت متولِّدَة عنه، كثمرة النخلة ولبن الغنم وصوفها، أو غير متولِّدة عنه ككراء الدار وخراج العبد داخلة في الرَّهن.

قال مالك في "العتبية" و"المجموعة": ويجوز رهنُ ماله مفردًا، معلومًا كان أو مجهولا؛ أي: لأنَّ رهنَ الغَرَرِ جائزٌ، قال في "المدونة": ولا يكونُ مَا وهَبَهُ للعبدِ الرَّهنِ رَهْنًا معه.

أشهب في "المجموعة": ولو كان ماله مشترطًا بخلافِ مَا ربحَ في ماله المشترط، فإنه رهنٌ كالأصل، كَمَا أَنَّ مَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا فَلا تَدْخُلُ فيما لم يعلم من ماله، وتدخل فيما علم به، وفي أرباح ما علم.

ابن يونس: يريد: ربح فيه قبل موته أو بعد موته.

وقال بعضهم: الأشبه في المستثني ماله أن يكون ما وهب له لم يدخل في الرهن، كالمبيع بخيار يشترط المشتري ماله.

مالك: وأرش جراح العبد الرَّهن للمرتهن.

(ص): **وتندرج الأجنة**

(ش): قال في "الجلاب": وكذلك فراخ النخل والشجر.

مالك في "الموازية": ولو اشترط أن الأمة رهنٌ دون ما تلده لم يجز.

ابن شعبان: ومن ارتهن عبدًا فولد العبد من أمته رهنٌ مع أبيه دون أمِّه، وكذلك تندرج الزيادة غير المتميزة كسمن الدَّابة والجارية وكبر الصغير بالإجماع. وعلى هذا فتندرج الزيادة إن لم تتميز وأشهب الأصل كالولد، ولا تندرج إذا لم تكن كذلك.

(ص): **وفي الصوف المستجز، قولان**

(ش): يعني: أنَّ الصوف إن لم يتم يوم عقد الرَّهن، فهو للرَّاهِنِ كاللبن وغيره من الغلات، وإن كان تامًّا، وهو مرادُه بالمستجز، فقال ابن القاسم في "المدونة": تدخل كالبيع.

وقال أشهب: لا تدخل؛ لأن الصوف التام غلة لا يرده المشتري في الرد بالعيب.

(ص): وشرط المرهون به: أن يكون دينًا في الذمة لازمًا، أو صَائِرًا إلى اللزوم يمكن استيفاؤه من الرهن

(ش): يعني: شرط المرهون به: أن يكون مُرَكَّبًا من أربعة أجزاء:

أولها: (أن يكون دينًا)، احترز به من الأمانة، فلا يجوز أن يدفع قراضًا ويأخذ به رهنًا.

ثانيها: (أن يكون في الذمة): احترز به من المعينات ومنفعتها، فإنها ليست في الذمة؛ لأن الذمة لا تقبل الأشياء المعينة.

ثالثها: (أن يكون لازمًا، أو صائرًا إلى اللزوم)، واحترز (باللازم) من دَينِ الكتابة، فإنه ليس بلازم؛ لأنه إذا عجز المكاتب رجع رقيقًا.

وقال: (صائرًا إلى اللزوم)؛ ليدخل الجعل، فإنه عقد غير لازمٍ، ولكنه يلزم بالشروع في العمل.

رابعها: (أن يمكن استيفاؤه من الرهن). احترز به مِمَّا يتعذر استيفاؤه من الرهن؛ لكونه لا يحل بيعه.

(ر) و(ع): والظاهر أن هذا لا يحتاج إليه؛ لأنه قدَّم ما يغني عنه في شرط الرهن.

(ص): فلا رهن في نجوم الكتابة

(ش): أدخل الفاء؛ لكونها كالنتيجة عمَّا قبله. وما ذكره المصنف من عدم الرهن في نجوم الكتابة نحوه في ابن شاس. وهو محمولٌ على ما إذا أعطى أجنبيٌّ رهنًا بكتابة مكاتبك، فإن ذلك لا يجوز. قاله في "المدونة" وغيرها؛ لأن دفع الأجنبي الرهن إنما يتصور إذا تحمل الأجنبي بالكتابة، والحمالة بها لا تصح، كما سيتبين لك إن شاء الله في محله.

وأما إن كان المكاتب يرهن رهنًا في كتابته فإن ذلك جائز، نَصَّ عليه في "المدونة".

(ص): ولا في عين ولا في منافع عين

(ش): يعني: ولا رهنَ في عينٍ، وهو ظاهر في ذلك؛ لأن المقصود من الرهن التوثق؛ ليُسْتَوفَى منه ما يُطلبُ به، ولا يمكن أن يُستوفَى من المُعَيَّنِ أو منفعتِه من الرَّهن أو ثمنه.

(ص): والرهن في العارية لضمان القيمة، لا للعين، ولذلك فَصَّل بين ما يُغَابُ عليه وغيره

(ش): هذا جوابٌ عن سؤال مقدر؛ لأنه لما قال: لا يصح في معين، كان قائلا، قال: هذا لا يصح؛ لأنه يجوز لمن أعار مُعَيَّنًا أن يأخذ عنه رهنًا.

فأجاب: بأنَّ الرهن المأخوذ في العارية إِنَّمَا هو لغير مُعَيَّنٍ، وهو قيمته على تقدير هلاكه، ولأجل أن الرهن إنما هو للقيمة، لم يصح دفع الرهن إلا فيما يُغَابُ عليه؛ لكونه هو الذي يضمن من العواري، لا فيما لا يُغَابُ عليه؛ لأنه لا تلزمه قيمته إذا تَلِفَ.

(ص): **ويجوز أن يقرضه، أو يبيعه، أو يعمل له، ويكون بقبضه الأول رهنًا.**

(ش): يعني: ليس من شرط الرهن أن يصادف دَينًا سابقًا، بل يَصِحُّ قبضه مع الدَّين وقبله، ففي "المدونة": وإن دفعت إلى رجلٍ رهنًا بكل ما اقترض فلانٌ جَازَ ذلك.

قال في "النكت": ويكون رهنًا بما دَايَنَهُ من قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، مَا لَمْ يُجَاوِز قيمة الرهن، ولا يراعى ما يشبه، بخلاف مسألة كتاب الحمالة، إذا قال: دَايِنهُ وأنا ضامنٌ؛ لأن الأول قد بيَّن بالرَّهن ما يقرضه.

(ع): فأشار إلى أن الحميل في الحمالة يلزمه كُلُّ مَا وقعت به المداينة، سواء كانت تشبه أو لا.

وقال غيرُ واحد: إنَّ قول غير ابن القاسم فيها مُقَيَّدٌ لقول مالك، وأنها كمسألة الرَّهن لا يلزم الحميل إلا ما يُشبه من المداينة.

وقوله: (أو يعمل له)، يعني: هو أو من يُكريه، ليكون العمل مُتَعَلِّقًا بالذمة، لا هو بخصوصيَّتِهِ لما تقدَّم أنه لا يَصحُّ الرَّهنُ في منافعَ معيَّن.

ويصح حمل كلامه على المعين أيضًا، بمعنى: أنَّ المكري يأخذ الرهن بالأجرة التي دفع إلى المعين على تقدير موت الأجير أو مرضه.

قوله: (ويكون بقبضه الأول رهنًا)، يعني: إذا دفعَ الرَّهن قبل الدَّينِ كان الرَّهنُ بقبضه الأول رهنًا، ولا يحتاج إلى تجديد قبضٍ بعد أخذ الدَّين.

فرع:

قال في "الجواهر": لو شرط رهنًا في بيعٍ فاسدٍ، فظنَّ لزوم القضاء به فرهن، فله الرجوع عنه، كما لو ظَنَّ أنَّ عليه دَينًا فأدَّاه، ثُمَّ تَبَيَّن أَنَّهُ لا دَيْنَ عليه، فإنه يسترده.

(ص): **فإن اشترط رهن السلعة في ثمنها المؤجل وليست بحيوان وشبهه جاز**

(ش): المازري: إن اشترط وضع المبيع على يد أجنبي غير البائع جاز في المشهور عندنا.

وقال ابن المواز: لا يجوز ذلك، وظاهره، الكراهة.

ومنعه ابن الجلاب في الحيوان خاصةً، ولم يُقيد باشتراط ذلك بيد البائع أو بيد أمينٍ.

وإن اشترط بقاؤه رهنًا في يد البائع فثلاثة أقوالٍ:

١ - منع مالك في "الموازية" مطلقًا.

٢ - وأجازه ابن القصار مطلقًا.

٣ - وأجازه أصبغ في العقار وَمَا يُؤمَن عليه التغيير، ومنعه في الحيوان.

المازري: وَقَيَّدَ بعضُ الأشياخ الخلاف بما إذا لم يُشترط فيه أجلٌ بعيدٌ، وأما لو اشتُرِطَ فيه أجلٌ بعيدٌ، فإنه يمنع اتِّفاقًا، وبعض أشياخي أطلق الخلاف من غير تعرضٍ لذكر قُرب أجل الرهن وبعده. انتهى.

فقول المصنف: (وليست بحيوان): يأتي على ما في "الجلاب"، ولعل المصنف يريد (بشبهه): الطعام؛ لأنه يسرع إليه التغيير.

وانظر هل توجد لفظة (وشبهه)، في الرواية؟

(ع): وإذا لم يمكن البائع المشتري من قبض السلعة، وحبسها في ثمنها، ففي انتقال ضمانها إلى المشتري ثلاثة أقوال، والمشهور أنها تُضمن ضمان الرهان.

(ص): **ويخير البائع وشبهه في الفسخ في غير المعين**

(**ش**): يعني: من باع سلعةً بثمن مُؤجَّلٍ على شرط أن يأخذ منه رهنًا به، فإن كان الرهن المشترط غير معين، وأبى المشتري من دفعه، خير البائع وشبهه - من وارثٍ أو موهوب له - في فسخِ البيع وإمضائه، وهكذا قال ابن الجلاب مقتصرًا عليه.

والذي نقله ابن المواز عن أشهب، ونقله اللخمي، و(ر) وغيرهم: أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه النقد باعتبار ذلك الدين. (ع): وهو المذهب.

واختلف المتأخرون هل يسجن أم لا؟ والصواب أنَّه يُسجَن.

اللخمي: وعلى المشتري أن يعطي الصنف المعتاد، والعادَةُ في الحواضر أن يرهن ما يُغَابُ عليه من الثياب والحُلِيِّ، وما لا يُغَابُ عليه كالدِّيارِ وشبهها، وليس العادة العبيد والدواب.

وليس على المرتهن قبول ذلك، وإن كان أخف عليه لتصديقه في تلفه؛ لأن في حفظه كلفة ومشقة، وإن أحب أن يعطي ثيابًا، وامتنع المرتهن؛ لأنه مما يضمنها، أو أحبَّ الرَّاهِنُ أن يعطي دارًا، وامتنع المرتهن وأحب ما ينفصلُ به، ويكون تحت غلقه فالقولُ قَولُ الرَّاهِنِ؛ لأن كل ذلك رهنٌ.

ويُحمَلُ كلام المصنف على أن المبتاع لم يجد شيئًا، وَأَمَّا إن وجدَ، فيُجبر على ما جَرَتْ العادة بدفعه.

(ص): **ويصح الرهن قبل القبض، ولا يتم إلا به**

(ش): يعني: يصحُّ الرَّهن ويلزم بالقول، لكن لا يَخْتَصُّ المرتهن به عن الغرماء إلا بقبضه، وهذا معنى قوله: (ولا يتم إلا به).

ونقل المازري عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم إلا بالقبض.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِم"[(١)].

وتَنَازَعَ الجميع في فهم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، هل المراد المقبوضة بعد عقد الرهن؟ وَهُو قَولُ مالك، وَيُعَضِّدُهُ أَنَّهُ أثبت لَهَا اسم الرهان قبل القبض، أو المراد: أن الرهن هو المقبوض؟ وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

(ص): **ويجبر الرَّاهن عليه إن كان مُعَيَّنًا**

(ش): هذا قسيم قوله: (ويخير البائع في الفسخ في غير المعين)؛ أي: فإن كان مُعَيَّنًا كما لو قال: وأرهنك هذا الثَّوب، والأحسنُ بطريقةِ المصَنِّفِ تقديمُ هذه المسألة على قوله: (ويصح الرهن قبل القبض ولا يتمُّ إلا به).

(ص): **فإن تراخى القبض إلى الفلس أو الموت بطل اتِّفَاقًا، ولو كان مُجِدًّا على الأشهر**

(ش): أي: فإن تراخى القبض - وكذا وقع القبض ملفوظًا به في بعض النُّسَخِ - إلى الفلس أو الموتِ، فإن كان ذلك بِتَرَاخٍ من المرتهن، ولو شاء أخذه قبل ذلك بطل الرَّهنُ بالاتِّفَاقِ.

(ع): ولا يَبْعُدُ أَنْ يكونَ مُجْمِعًا عليه، وإن لم يَتَرَاخَ بَل كان جادًّا في الطلب حتى فلس الرَّاهن أو مات، ففي "الجواهر": ظاهر الكتاب أنه لا يكون أحق به؛ لقوله: إذا لم يقبض المرتهن حتى مات الرَّاهن أو فلس كان أسوة الغرماء.

فأطلق الجواب فيه.

وقال القاضي: حقه ثابت؛ لأنه لم يُفرِّط.

(ر): وفي كلامه في "الجواهر " نظرٌ؛ لأنه لم يتعرض لكونه مُجِدًّا، ويحتملُ لَو

---

(١) أخرجه الحاكم: ٢/٤٩، وما بعدها. بلفظ (المسلمون).

سُئِلَ عن ذلك لأجاب بالصِّحَّةِ.

وشهَّرَ المصنف البطلان؛ لكونه ظاهر "المدونة"، كما قال ابنُ شاس.

وحكى اللخمي والمازري القولين إذا كان جادًّا ولم يُعِيِّنَا مَشْهُورًا.

فَإِنْ قُلْتَ: فَمَا الفَرْقُ على ما شَهَّرَهُ المُصَنِّفُ هُنَا، وَبَيَّنَ الهِبَةِ إذا مَاتَ الواهبُ، والموهوب له جَادٌّ في الطلب، وفي تزكية الشهود أنَّ ذلك حَوزٌ عند ابن القاسم خلافًا لأشهب؟

قيل: لأنَّ الرَّهن لما كان لم يخرج عن ملك راهنه لم يكتف بالجِدِّ في الطلب، بخلافِ الموهوب، فإنه يخرج عن ملك واهبه. والله أعلم.

(ص): وقبضه كقبض المبيع

(ش): لما ذكر أنَّه لا يتم إلا بالقبض بَيَّن أن القبض هُنا كما قدمه في قبض المبيع، فقبض المكيل بالكيل، وفي الموزون بالوزن، وفي المعدود بالعدد، وفي اعتبار قدر المناولة، قولان، وفي العقار التخلية، وفي غيرها العرف، وهذا ظاهر كلامه.

وَيُحتمل أن يريد بقوله: (وقبضه كقبض المبيع)، خُصُوصِيَّةَ المكيل والموزون والمعدود، وعلى كلا الاحتمالين، ففي كلامه نَظَرٌ.

أَمَّا عَلَى الثَّانِي فلأن كلامه حينئذٍ لا يكون فيه تَعَرُّضٌ لكيفية القبض في العقار والعُرُوضِ، ولا ينبغي إهمالُ ذلك.

وَأَمَّا على الأوَّل فلأن ظاهر كلامه مساواة القبض هنا القبض في المبيع.

والذي يُؤْخَذُ من كلامهم أَنَّهُ لا بُدَّ هُنَا من زيادة على قبض المبيع، فقد قال (ع): إنَّ تخلِّي الرَّاهن عن العقار لا يكون رَهْنًا كافِيًا، بَلْ لا بُدَّ مع ذلك من شيءٍ آخر، وهو غلقُ المرتهن على ما يمكن ذلك فيه.

وقال المازري: إن كان الرهن مِمَّا ينقل كالثوب والعبد، فقبضه بنقله من حيازة الراهن ومكانه إلى مكان المرتهن، وهذا لا يشترط في المبيع.

وَنَصَّ اللَّخمي وغيره على أن قبض الرهن إذا كان عقارًا بالتسليم والإشهاد إلا دارَ سُكنَاهُ فَيُشترطُ فيه في الرَّهن خُروجُه وإخلاؤه من شواغله، قال: "فإن لم يخله وحال المرتهن بينه وبين التصرف فيه جاز.

وقال المازري: إن كان الرهن مِمَّا لا ينقل كالدار فالقبض فيه رفع يد الراهن وتفريغ ذلك من شواغل الراهن، وإن كان مغلقًا خاليًا كان مفتاح ما يقفل منه بيد المرتهن، وإن كان أرضًا لا تُغلقُ ولا شواغل فيها للرَّاهن كفى فيها الإشهادُ والذَّبُّ

عنها إلى المرتهن.

فإن قلت: فكلام المازري يدل على أنه لا بد من إزالة الشواغل.

قيل: يحمل كلامه على دار سُكناه؛ ليوافق كلام اللخمي.

فإن كان في كراءٍ بغير وجيبة فحوزه أن يُجمع بينه وبين المكتري، ويقبض الكراء المرتهن أو من يرضيان به.

واختُلف إذا كان الكراءُ وَجيبَةً، وقد قبض كراؤه، أو لم يقبض، هل يصح فيه حوزٌ، وإن كان فيه طعامٌ مختزنٌ فسلَّم مفتاحه إليه أو إلى أمينٍ جاز، انتهى.

(ص): **وقبض الدَّين بالإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن**

(**ش**): لما قدم المصنف أنه يصح رهن الدَّين تكلم هنا على حوزه، ولم يتعرض المصنف للوثيقة التي فيها ذكر الحق، وكأنه إنما تَكَلَّمَ عَلَى مَا لا بُدَّ منه؛ لأن الوثيقة قد لا تكون، قال في "الجواهر": وأما الدَّين فبتسليم ذكر الحق والإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، ويكفي الاقتصار على الجمع بينهما والإشهاد إن لم يكن ذكر حق، ويتقدم إليه بحضرة البينة أن لا يقبضه إياه حتى يصل إلى حقه.

وكذلك قال اللخمي: حيازة الدَّين: أن يأخذ المرتهن ذكر الحق، ويجمع بينه وبين الغريم، ويتقدم إليه بحضرة البينة، أن لا يقضيه إيَّاه حتى يصل إلى حقه، فإن فعل ذلك مُتَعدِيًا أغرم الدَّين ثانيًا؛ لأنه أتلفه على المرتهن إلا أن يكون حقُّه أقلَّ، وإن كان الغريم غَائِبًا ولا وثيقة، فالإشهاد يُجْزِئُ، وفيه اختلافٌ.

وظاهر كلامهما أَنَّهُ لا بُدَّ في حِيَازَةِ الدَّينِ من هذه الثلاثة.

وقولُ اللَّخمي: وإن كان الغريم غَائِبًا ولا وثيقة، فالإشهاد فيه خلافٌ، لعلَّه يُشيرُ بذلك إلى ما حَكَاهُ الباجي، فإنه قال: قال مالك: إن كان الدَّينُ وثيقة فحيازته أن تدفع الوثيقة إليه، ويكون أحق في الفلس والموت، وإن لم يكن للدَّين ذكر حَقٍّ، فقال ابن القاسم في "المجموعة": يجري فيه الإشهادُ، وقاله مالك: وقال ابن القاسم: هذا لا يَجُوزُ إلا أن يجمع بينهما، وهو ظاهر قول مالك في "الموازية". انتهى.

اللخمي: وليسَ على الرَّاهن أن يدفع ذكر الحق للمرتهنِ إذا كان الدَّين عليه؛ لأنه يخشى أن يجحده فيتلف حقه، ولأنَّ قبض المرتهنِ للكتاب إِنَّمَا هُو ليقبض به، والمرتهنُ مستغنٍ عن ذلك.

(ص): **وقبضُ الجزءِ المشاعِ والباقي لغير الراهن إن كان عقارًا باتِّفاق، وفي إلحاق غيره به لا بِمَا فيه للرَّاهن، قولان: لابن القاسم وأشهب**

(ش): يعني: إذا كان للرَّاهن جُزءٌ مُشاعٌ في شيءٍ، وباقي ذلك الشيء لغيره، فإذا قبض المرتهن ذلك الجزء، وحَلَّ محل الرَّاهن، فإن كان المرهون عقارًا صَحَّ ذلك الرَّهن وَتَمَّ باتفاق، وقد تقدم أول هذا التعليق أنه قد استُقرِئَ من كلام المصنف أَنَّهُ إذا حكى الاتفاق، فإنما يريد اتفاق أهل المذهب، بخلاف الإجماع.

(ع): وحكى المصنف الاتفاق، لكونه لم يطلع على الرواية التي في المذهب بمنع رهن المشاع.

(خ): وقد يُقَالُ: هذا لا يَردُ؛ لأنَّ كلام المصنف إِنَّمَا هو في كيفية القبض، وذلك مستلزمٌ لصحة الرهن ابتداء، فكأنه يقول: اتَّفقَ القائلون برهنِ المُشاعِ على هذا. والله أعلم.

وإن كان غير عقار، حيوانًا أو عرضًا، فقال ابن القاسم في "المدونة": هو كالعقار.

وقال أشهب وعبد الملك: لا بد من قبض المرتهن الجميع، أو جعله بيد الشريك أو بيد غيرهما.

هكذا نقل اللخمي وابن يونس قول أشهب.

فوجه قول ابن القاسم القياس على العقار.

المازري: ووجه قول أشهب وعبد الملك: أنَّ الحوزَ إِنَّمَا صَحَّ في الرباع؛ لأنَّ نقلها لا يمكن، فصار المقدور عليه في قدرة الخلق رفع يد الرَّاهن عن نصيبه.

وكونُ يد المرتهن تحلُّ مَحلَّه، وأمَّا ما يُنقلُ ويُزالُ به، فَإِنَّهُ يمكنُ فيه أن ينقله من مكانٍ إلى مكانٍ، وهكذا المعتادُ فيه في قبضه، فطلب في الحوز أعلى درجاته، وهي نقلُه من مكانٍ إلى مكانٍ يَنْفرد به المرتهن.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن.

(ع): والظاهر: أنه لا فرق بين العقار وغيره.

والضميران المجروران في كلام المصنف (بغير، والباء)، عائدان على العقار، وذلك واضحٌ.

(ص): وعلى المشهور لا يستأذنُ الشَّريك، وله أن يَقسِمَ ويبيعَ ويُسلِمَ، وعلى الآخر في جواز بيعه فيتأخر التسليم، قولان

(ش): (على المشهور)؛ أي: قول ابن القاسم كمن له نصف ثوب أو حيوان رهنه، ولا يستأذن الشريك؛ لأن الشريك يتصرف مع المرتهن.

(وله)؛ أي: وللشريك الذي لم يرهن أن يُقسِمَ المشترك إن كان مما يقبل القسمة،

وله بيعُ مَا نَابَهُ ويُسَلِّمه للمُشْتَرِي ولا يمنعه رهنُ الشريك من ذلك؛ لأن الرَّهن لم يَتَعَلَّق بِحِصَّتِهِ.

وعلى قول أشهب لا يكون لأحد الشريكين أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه؛ لأن المرتهن على قوله يحتاجُ إلى حيازة الجميع، ولهذا قال في "الموازية": من كان له نصف عبدٍ أو دابةٍ، أو ما يُنقَلُ كالثوبِ والسيف لم يجز أن يرهن حصَّتَه إلا بإذن شريكه، وكذلك كل ما لا ينقسم؛ لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن له انتقض الرهن.

(خ): وينبغي أن يستأذنه أيضًا على قول ابن القاسم؛ لأن الشريك الذي لم يرهن نصيبه قد يدعو إلى بيع الجميع؛ لأجل ما عليه في بيع نصيبه مفردًا من البخس، فإذا دعا إلى ذلك مكن منه؛ لكونه من حقه، فيؤدي إلى بيع النصيب المرتهن، فينتقل حق المرتهن من الرهن إلى حكم آخر.

ومن حق المرتهن أن يتوثَّق في الرهن حتى لا يكون لأحدٍ فيه حق في إزالة يَدِهِ عن الرهن إلا بعد قضاء الدَّين الذي هو رهنٌ بِهِ، فإذا استُؤذِنَ الشَّريكُ الذي لم يرهن، لم يكن له أن يَدعُو إلى المفاضلة، وبيعُ الجميع يحل أجل الدَّين، ويقبض المرتهن حقَّه.

ثم فرَّع المصنف على قول أشهب بقوله: (وعلى الآخر في جواز بيع نصيبه) إلى آخره؛ أي: إذا أذن على قول أشهب، وقلنا: إِنَّهُ يمنع من دعوى المفاضلة، فلو أراد بيع نصيبه على أن يقبض إلى أجل الدَّين - وهو أجلٌ بعيد، لا يجوز بيع المعينات على أن تقبض إليه - على قولين:

١ - المنسوب لأشهب الجواز.. المازري: وهو أشهرهما.

٢ - وقال ابن ميسر بالمنع، قياسًا على بيع الغائب، ورأى أشهب أَنَّهُ لَمَّا كَانَ للمُشتري هذا الانتفاع في أكثر الأشياء، وإنما منعَ من دعواه إلى بيع الجميع فقد ناسب أن يُقالَ هُنَا بالجواز دُونَ المعين الذي يتأخر قبضه، فإنه مِمَّا يدخل في ملك المشتري بعد ذلك الأجل المشترط، وهو غرر، إذ لا يُدرَى، هل يبقى إلى ذلك الأجل أم لا؟ وهذا الذي أشرنا إليه، قال أشهب: ضمان هذا المبيع في هذه المسألة من المشتري دون الغائب والمواضعة. وهكذا قال التونسي في كلامه على " الموازية".

التونسي والمازري وابن زرقون: وإذا وجب الضَّمانُ على المشتري فيجبُ عليه أن ينقد الثمن للبائع.

واعترض الباجي قول أشهب؛ بِأَنَّ ذلك يمنعُ صاحبه من بيع نصيبه، فقال: وهذا عندي لا يمنعُ ما ذكر؛ لأن ذلك لا يمنع من بيع نصيبه إن شاء بأن يفرده بالبيع، أو بأن يدعو الرَّاهن إلى البيع معه، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنًا، وإن كان بجنسه قضى منه الدَّين إن لم يأت برهنٍ بدلا منه.

(ع): وظاهر كلام أشهب أنه لا يحتاج إلى إذنِ الشريكِ في الربع وإن كان مِمَّا يمكن قسمته، هذا معنى كلامه. قال: والصحيح عندي ما قاله الباجي.

(ص): فإن كان الباقي للراهن فقبض الجميع، وقيل: إلا في العقار

(ش): أي: وإن رَهنَ شَخْصٌ نِصفَ دارٍ أو ثَوبٍ ونحو ذلك، وكان النصف الآخر للراهن لم يصح حوز ذلك، إلا بأن يحوز المرتهن جميع ذلك، سواء كان عقارًا أو غيره على المشهور.

والقول بأنه يُكْتَفَى في العقار بحوز البعض في "الموازية".

(ع): والقولان منسوبان لـ "المدونة".

وليس فيها عندي بيانٌ لهما، والظاهر: لا فرق بين العقار وغيره، والمذهب في الهبة أن الموهوب له يحلُّ في الجزء الموهوبِ محلَّ الوَاهبِ، سواء كان الباقي للواهب أو غيره، وبذلك استدَلَّ للقول بأنَّه حيازة.

وفَرَّقَ للأول بأنَّ الحيازة في الرَّهن أشد منها في الهبة، لما تقدمت الإشارة إليه من قوة ملك الراهن دون الواهب، ألا ترى أنَّ الهبة لو رجعت إلى يدِ الواهب بعد طُولِ الحيازة لم تبطل، بخلاف الرهن.

تنبيهان

الأول: قوله: (والباقي للراهن)، ظَاهِرُه أنَّ جميع الباقي للرَّاهن، وليس ذلك شرطًا في المسألة، بل وكذلك إذا كان له حصة أخرى لم يرهنها. والله أعلم.

الثاني: خصص المصنف الخلاف - فيما إذا كان جميعه للرَّاهن - بالعقار، وهي طريقةُ أكثرِ الشيوخ، ولم يحكُوا في غير العقار خِلافًا، أَنَّهُ لا بُدَّ من حوز الجميع، وحكى اللخمي الخلاف في غير العقار أيضًا.

(ص): وعلى المشهور: لا يمكن من قبض في استئجار جزء غيره، ويقسم أو يقبضه المرتهن

(ش): يعني: وعلى المشهور، وهو قول ابن القاسم: أنه لا يُشترطُ في غير العقار أن يجوز المرتهنُ الجميعَ، بل يكفي أن يحلَّ محلَّ الرَّاهن، فلا يمكن الرَّاهن إذا

استأجر نصيب شريكه من قبض أجرة ذلك النصيب؛ لأجل أنَّه تجول يده فيما اكتراه، وفيما رهنه، فيبطل حوز المرتهن، فإذا استأجره صَحَّت الإجارة، وقُسِمَ بينهما أو يقبض له المرتهن.

وَفُهِم من كلامه صِحَّة الإجارة بطريقة الإلزام؛ لأن القسمة وقبض المرتهن له فرعُ صِحَّة الإجارة، ونصَّ في "المدونة" وغيرها على أنه لا يمنع من الإجارة ابتداءً.

وقال: (على المشهور)؛ لأنه على قول أشهب لا يتأتى هذا.

تنبيهان:

الأول: يُفْهَمُ مِنْ كَلامِ المصنف أَنَّهُ لا يُمكَّنُ في العقار من قبضٍ في استئجار جزءِ غيره على قول ابن القاسم وأشهب، وَلَعَلَّ المصنف لما رأى أن نصَّه على غير العقار يستلزم معرفته في العقار - بخلاف العكس، فإنه لا يفهم من ذلك إلا بِتَأَمُّلٍ - اقتصر على بيان الحكم في غير العقار.

الثاني: لا فرق بين قسمة الرقاب والمنافع في تصحيح الرهن، قاله اللخمي.

(ص): **ولو كان الشريك أمينَهُمَا، ثُمَّ رهن حصته للمرتهن، ثم جعلا الرَّاهن الأول أمينهما بطل حوز الحصتين**

(ش): يعني: إذا كانت - دارًا أو غيرها - شركةً بين اثنين، فرهن أحدهما حِصَّتَهُ من شَخْصٍ، وجعلَ الرَّاهِنُ والمرتهنُ الشريكَ أمينَهُمَا، ثم رهن أيضًا الأمينُ حصَّتَهُ لمرتهِنِ الحصة الأولى، وجعلا الرَّاهن الأول أمينهما بطل حوز الحصتين؛ لأن الرهن صار بِيَدِ الرَّاهن الأول والثاني.

وما ذكره المصنف ذكر ابن المواز أنه سمعه من أصحاب مالك.

محمد: ولو جعلا نصيبَ الثَّاني على يد أجنبي، أو يد المرتهن بطلت حصة الثاني فقط.

يريدُ: لأنه حَائِزٌ لنصيبِ الرَّاهن الأول، فيبقى ذلك بيده، وهو مشاعٌ فيبطل ما ارتهنه.

التونسي والمازري وغيرهما: وهذا إنما يبنى على أحد القولين فيمن رهن نصف داره من رجلٍ، وبقي الراهن يحوز مع المرتهن أن ذلك يمنع من صحة حوز الرهن.

وأما على القول بصحة هذا الحوز فلا يَبْطُلُ رَهْنُ الثَّانِي، وَإِنْ كَانَتْ يَدُ الرَّاهن باقيةً على نصيب شريكه، وهو تخريجٌ ظاهر؛ لأن قصارى أمره أن يكون بمنزلة ما لو كان الجميع له، ولا إشكالَ في صحة رهن الأول؛ لأنه لا نظر له في شيءٍ من الدَّارِ.

(ص): والحوز المتقدم لغير الرهن، كالمتأخر على الأصح

(**ش**): قَدْ تَقَدَّمَ أنه يَصِحُّ رهنُ المُساقى والمُستأجَر، وَتَكَلَّم المصنف هُنَا على حوز ذلك، والأصح لابن القاسم، ففي "المجموعة": مذهب ابن القاسم أنه يجوز للرجل أن يرتهن ما هو في يده بإجارةٍ أو مساقاةٍ، ويكون ذلك حوزًا للمرتهن، مثل الذي يخدم العبد، ثم يُتَصَدَّقُ به على آخر بعد ذلك، فيكون حوزُ المخدم حوزًا للمتصدق عليه.

ومقابله لمالك في "الموازية": أنَّ من اكترى دارًا سنة أو أخذ حَائِطًا مساقاةً أو استأجر عبدًا سنة ثم ارتهن شيئًا من ذلك قبل فراغ أجله فلا يكونُ محوزًا للرَّهن؛ لأنَّهُ مَحازٌ قبل ذلك بوجهٍ آخر.

قيل له: فَمَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وفضلة الرهن؟

وقد تقدم فيه حوز الأول. قال: هذا محوز عن صاحبه، والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء، ابن المواز: هذا محوز له، والرهن محوز عنه.

فهما وجهان مفترقان.

(ع): وهو فَرْقٌ جليٌّ يظهر صوابه إثر تصوره، وإن كان ابن يونس لم يرتضه، وقال: إنهما سواء، ولابن الماجشون نحو ما في "الموازية".

وتصحيح المصنف موافق لاختيار ابن يونس.

(ص): ويجوز أن يُوكل مكاتب الراهن في قبضه، بخلاف عبده ومستولدته وولده الصغير

(**ش**): يعني: ويجوزُ للمرتهن أن يوكل **مكاتب** الرَّاهن في قبض الرهن؛ لأنه قد أحرز نفسه وماله، بخلاف العبد والمستولدة، فإن لسيدهما انتزاعُ مالهما بما تحت أيديهما، بمنزلة ما هو تحت يده، وكذلك له النظر التَّامُ في مال ولده الصَّغير، وفي معناه: السفيه: ولده الكبير الذي تحت نظره، الباجي: ولا خلاف في ذلك.

واختلف في الابن المالك لأمره البائن عن أبيه، فقال ابن القاسم: لا ينبغي ذلك ويفسخ.

وقال سحنون: ذلك جائز، وقاله ابن الماجشون في البنتِ والابنِ.

وأما وضعه بيد زوجة الراهن، فقال ابن القاسم في "المجموعة " وغيرها: لا يجوز ذلك.

وقال أصبغ: إن حيز عن راهنه، حتى لا يلي عليه ولا يقضي فيه جاز.

وأما وضعه على يد أخي الرَّاهن، فقال ابن القاسم في "الموازية" و"العتبية": لا

ينبغي ذلك ويضعفه، وقال في "المجموعة": ذلك رهنٌ تامٌ، وهو أصح، انتهى.

عبد الملك: ولو كان ليتيم وَلِيَّانِ فأُخذ لليتيم دينٌ، ورُهنَ بِهِ رهنٌ ووُضعَ على يد أحدهما، لم يتم ذلك الحوز؛ لأن الولاية لهما، ولا يحوز المرء على نفسه.

المازري: وَأَمَّا حوز القائم بأمور الراهن والمتصرف في ماله وشؤونه، فقد وقع في الرواية: أنه إن حاز جميع الرهن، كدار رهن الراهن جميعها، فحازها القائم بشؤون الراهن للمرتهن بإذنه، فذلك حوز لا يبطل الرهن، وإن كان إنما رهن الراهن نصفها، وأبقى النصف الآخر على ملكه وتصرفه، فإن قبض هذا القائم بشؤون الراهن لا يصح، لكون الجزء الآخر الذي لم يرتهن يحوزه هذا القائم نيابة عن الراهن، وهو غير متميز من الجزء المرتهن، فكان يد المرتهن على جميع الرهن. انتهى، وقال ابن الماجشون، وزاد: إلا أن يكون القَيِّمُ عَبدًا فلا يجوز، وإن رهن الجميع؛ لأن حوز العبد حوز لسيده كان مَأْذُونًا أم لا.

(ص): وإذا طلب أحدهما أن يكون عند عدل فهو له

(ش): إن وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو عدل، عمل عليه، وإلا قبض، ابن القاسم في "العتبية" - على ما ذكره المصنف -: إن القول قول من دعا إلى وضعه بيد العدل، أما الراهن فلأنه يكره حيازة المرتهن خوف أن يدعي ضياعه، وأما المرتهن فليدفع عن نفسه حفظه، والضمان على تقدير هلاكه إن كان مما يغاب عليه.

ونصَّ اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن أنه يقضى له بذلك، كالشرط.

(ص): فإن سلَّمه دون إذنهما ضمن

(ش): أي: فإن سلَّم العدلُ الرَّهن دونَ إذنِ الرَّاهن والمرتهنِ، ولم يُبَيِّن المُصَنِّفُ ما الذي يضمن؟ وكذلك لم يبين هل كان الرهن مما يُغابُ عليه أم لا؟

وفي "المدونة": وإن تعدى العدل في رهن في يده، فدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن فضاع، وهو مما يغاب عليه، فإن دفعه إلى الراهن ضمن للمرتهن.

ابن يونس وغيره: "يريدُ أنه يضمن له الأقل من قيمته أو من الدَّين؛ لأنه إن كانت قيمته أقل، فهو الذي أتلفه عليه، وإن كان الدَّين أقل لم تكن له المطالبة بغيره.

قال في "المدونة": وإن دفعه للمرتهن ضمنه للرَّاهن، فإن كان الرَّهن كفاف الدَّين سقط دين المرتهن؛ لهلاكه بيده، وإن كان فيه فَضلٌ ضَمِنَ العَدلُ الفضلَ للرَّاهن.

ابن يونس: يريد ويرجع بها على المرتهن.

اللخمي: وهذا إذا كان بعد الأجل أو قبله، ولم يعلم بذلك حتى حل الأجل، فأما إن علم بذلك قبل الأجل كان للراهن أن يغرم القيمة، أيهما شاء؛ لأنهما متعديان عليه، هذا في دفعه، وهذا في أخذه، وتوقف القيمة على يد عدلٍ غير الأول، خيفة أن يتعدى عليها ثانيةً، وللراهن أن يأتي برهن مكان الأول ويأخذ القيمة.

أبو الحسن: وانظر قوله في "المدونة": وهو مما يغاب عليه.

فمفهومه: أن ما لا يُغَابُ عليه ليس كذلك، وهو إِنَّمَا يضمنه، وما يُضمن بالعدى لا يفصل فيه بين ما يغاب عليه أم لا، ولعله إنما ذكر ما يغاب عليه؛ لأجل المرتهن الذي يضمن بالقيمة. ولكن قوله: ما يُغَابُ عليه، إِنَّمَا هُو في السؤال فلا يعمل بمفهومه، ولا فرق بين ما يُغَابُ عليه وما لا يُغَابُ عليه؛ لأن العدل والمرتهن متعديان، وهو الذي يظهر من كلام اللخمي المتقدم، انتهى.

ومن أحب الزيادة على هذا والاطلاع على مسألة محمد، والكلام عليها، فلينظر ابن يونس.

(ص): **وإن اختلفا في عدلين، فقيل: ينظر الحاكمُ، وقيل: عدلُ الرَّاهن**

(ش): يعني: فإن أحب الراهن عدلا، والمرتهن غيره، فقال محمد بن عبد الحكم: ينظر الحاكم في ذلك.

والقول بأنَّ ذلك للرَّاهن للخمي، قال: وهو انظر لنفسه في حفظه ومن يثق به.

(ع): ويظهر الأول فيما إذا ادَّعَى كل منهما العدالة في شخص ونازعه الآخر، ويظهر الثاني فيما إذا اتفقا على عدالته، لكنَّ المسألة مفروضة عند الشيوخ فِيمَا هُو أَعَمُّ من كل واحدةٍ من الصورتين، قال في "المدونة": وإن مات العدل وبيده رهنٌ فليس له أن يُوصي عند موته بوضعه عند غيره، والأمر في ذلك للمتراهنين.

(ص): **ويشترط دوام القبض**

(ش): أي: يُشترط دوام القبض في الاختصاص بالرهن، والمراد بدوام القبض: أن يكون الرهن بيد المرتهن أو بيد العدل، لا بيد الراهن وقت الحاجة إليه، خلافًا للحنفية في قولهم: إنَّ رجوعه إلى يد الراهن بالعارية أو الإيداع لا يُبطلُه، بخلاف الإجارة، واستدلَّ للمذهب بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قالوا: وهذه الصفة مطلوبة في الرهن، لقصد التوثق، والمقصود من التوثق أن يكون الرهن محوزًا عن الراهن.

(ص): **فلو عاد اختيارًا فللمرتهن طلبه قبل فوته بعتقٍ أو تحبيسٍ أو قيام الغرماء**

(ش): يعني: فلو عاد الرهن لراهنه اختيارًا من المرتهن، إمَّا بودِيعَةٍ، أو بإجارة، فللمرتهن طلبُ الرهن، قاله ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: وإنما يرجع في الإجارة إذا انقضت مدتها، فإن قام قبل ذلك، وقال: جهلت أنَّ ذلك نقض لرهني، وأشبه ما قال حلف، ورده ما لم يقم الغرماء.

فإن قلت: كيف تتصور الإجارة؟ والغلات إنما هي للراهن، فكيف يتصور أن يستأجر من نفسه؟

قيل: يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن اكتراه ثم أكراه للراهن.

وقوله: (إلا أن يفوت بعتق)، إلى آخره، أي: له الطلب إلا في وجهين:

الأول: أن يقوم الغرماء.

والثاني: أن يفوت بتحبيس أو عتق.

ابن القاسم وأشهب: أو تدبير ونحوه.

وفي التفويت بالتدبير نظر؛ لأنه لا يمنع ابتداء الرهن، فكيف يمنع استصحابه إلا أن يكون معنى قولهما: أنه لا يمكن المرتهن من بيع المدبر الآن، ولكن يرد إليه؛ ليحوزه على نحو ما يحوز المدبر في الارتهان، فقد أشار بعضهم إلى هذا، وقال اختيارا؛ لأنه إن عاد بغير الاختيار، فله القيام مطلقًا، سواء قام الغرماء أو لم يقوموا، فَوَّتَهُ بِمَا ذكر أَمْ لا.

(ص): **والعارية المؤجلة كذلك، فإن كان على الرد فله ذلك**

(ش): أي: إذا أعاره على الرَّد - سواء أجلها بمدَّة أو لا - **كذلك**، أي: له الطلب، ولو قال: والعارية على الرد لأجاد؛ لأن قوله: (**المؤجلة**)، إنما يتبادر الذهن منه على غير المؤجلة بمدة معينة. ووقع في بعض النسخ: (والعارية المؤجلة أو على الرد **كذلك**)، وهي أحسن من الأولى لأخذ المسألتين، لكن فيها أيضًا نظر من وجهٍ آخر، وهو: أنَّ قوله: (المؤجلة)، مستغنى عنه؛ لأن قوله: (على الرد)، يشمل الصورتين كما ذكرنا.

وقوله: (**كذلك**)، أي: لا يبطل الرهن.

(**فله ذلك**)، أي: الطلب ما لم تَفُت أو تَقُم الغرماءُ، ولو اقتصر على قوله: (**كذلك**)، لكفى.

(ص): **وفي سقوط طلب بالعارية مطلقًا، قولان لابن القاسم وأشهب**

(ش): هذا كله مع عودِ الرهن بالاختيار، وحاصله: أن ابن القاسم جعل له الطلب

في الإجارة والوديعة والعارية على الرد، وأبطل الرهن إذا أعاره إعارةً مطلقةً، من غير تقييد بردٍّ، وساوى أشهب بين الجميع.

اللخمي وغيره: وقوله أبين.

قال: فإن كانت العارية إلى أجل ارتجعها إذا انقضى ذلك الأجل ويختلف إذا لم يكن ضرب أجلا؛ لأن العارية، لا أمد لها، وقد قيل في هذا الأصل: أنها تَبْقَى إلى مُدَّةٍ يَرى أنَّه يُعيرُ إلى مثلها.

(خ): وقد يُقَالُ: لا يلزم هنا التأخير إلى مُدَّةٍ يمكن الانتفاع، ويُفَرَّقُ بين هذه العارية وغيرها بأن يقال: الرهن بيد الراهن يضعف حيازة المرتهن، والله أعلم.

ولا فرق على القولين بين أن يكون المستعير هو الرَّاهن أو غيره، فَقَدْ حَكَى المازري القولين إذا أعاره لِرَجُلٍ أجنبي، وذكر عن ابن حارثٍ ثالثًا بالتفصيل إن كان الرَّاهن هو الراغب للمرتهن في أن يمكن المستعير من الرهن فَمَكَّنَهُ، فإنَّ ذلك كتمكين الرَّاهن من الرهن، وإن كان الراغب فيها هو المرتهن، فإن ذلك لا يبطل الحوز.

قال: وطرد هذا التفصيل في الإجارة.

ونسب اللخمي القول الذي نسبه المصنف لابن القاسم لمالك، وأشار إلى أنه يمكن حمله على أنه لا يستردها قبل أن تمضي مُدَّةٌ تُعارُ إلى مثلها، لا على أنه يَسقُطُ طلبُها بالكُلِّيَّةِ.

(ر): وإذا فَرَّعْنَا على قولِ ابن القاسم بالبطلان، فلو رَدَّهُ الرَّاهن باختياره، فهل يكون رهنًا على حاله الأول أو لا؟ قولان لابن القاسم وغيره، حكاهما في "المتيطية"، وبناهما على الخلاف في افتقار الرهن إلى التصريح به أو لا.

(ص): ولو أذنَ للراهن في وطءٍ بطل الرَّهن، وكذلك في إسكانٍ أو إجارةٍ

(ش): مُقتضاهُ: أنَّ مجرَّد الإذنِ كَافٍ في البطلان، وهو نَصٌّ في "المدونة" في حريم البئر، ففيه: لو أذن المرتهنُ للرَّاهنِ أن يسكن أو يكري فقد خرجت الدَّار من الرهن، وإن لم يسكن أو يكر.

وقال أشهب: بل حتى يكريها.

وظاهر كلام غير واحد أنَّ قول أشهب خلافٌ، وصرح بذلك المازري.

وقال ابن حارث: معنى قول ابن القاسم: أن الرَّهن كان على يد أمينٍ، ومعنى قول أشهب: أن الرهن كان على يد المرتهن، هكذا نقل (ر) قول ابن الحارث.

وذكره المازري على أنه قول ثالث في المسألة، قال: فقد رأى ابنُ القاسم أنَّ

مُجَرَّدَ الإذنِ كالتصريح بإسقاط حق المرتهن، وكما أنَّ عقدَ الرَّهن يلزمُ بالقول، فكذلك يسقطُ به، وهو الأشبه بأصل المذهب، واستصحب أشهب حكم الحوز حتى يرتفع.

ورأى ابنُ حارث أنَّ يد الأمين بعد الإذن كيد الراهن؛ لأنه إنما كان حائزًا.

برضا الرَّاهن والمرتهن، وقد أسقط المرتهن حقه، بخلافِ مَا إذا كان المرتهنُ بيد الرَّاهن، فإنَّ الأصل استصحاب الحوز.

فرع:

وقع في "المدونة" في الرهن فيمن ارتهن رهنًا، فقبضه ثُمَّ أودعه الرَّاهنُ أو آجرَهُ منه أو أعارَهُ إِيَّاهُ أو رَدَّهُ عليه بأيِّ وَجْهٍ كان حتى يكون الرَّاهن هو الحائز له فقد خرج من الرهن.

وجعله (ع) مخالفًا لما في كتاب حريم البئر.

وكذلك قال أبو الحسن: وظاهر هذا أن مجرد الإذن لا يبطل.

وفيه نظر؛ لأنه لا مُنَافَاةَ بين ما في البابين؛ لأَنَّه نَصَّ في باب الرهن على وجهٍ متفق عليه، وبين في حريم البئر أنَّ الرهن يبطل بمجرد الإذن.

وقد ساق ابن يونس وغيره ما في حريم البئر على أَنَّه تقييدٌ لما في الرهن.

ولم ينقل المازري عن ابن القاسم إلا ما في حريم البئر، والله أعلم.

(ص): ولكن يتولاه المرتهن بإذن الراهن

(ش): ضمير (يتولاه) عَائِدٌ على ما فُهِمَ من إجارةٍ وإسكان، يعني: ولكن إن أراد الجمع بين صحة الإجارة وتمام الرهن، فليتول المرتهن الكراء بإذن الراهن له في ذلك.

وظاهر كلامه: أنه لو لم يأذن له لم يكن له ذلك. وهو قول ابن القاسم وأشهب. زاد أشهب: إلا إذا اشترط أن كراءه رهنٌ مع رقبته، فله أن يكريه حينئذٍ بغير إذنه.

وقال ابنُ عبد الحكم: للمرتهن أن يُكري الرهن دون إذن الرَّاهن.

ونقل بعضُهم عن ابن الماجشون: أنَّ المرتهن إذا ترك كراء الدَّار، ولكرائها خطبٌ، وقد رأى أنَّه ضامنٌ من يوم ارتهنها؛ لأنه تَعَمَّدَ إبطالَها، ما لم يكن الرَّاهن عالمًا بذلك، فحينئذٍ لا يكونُ على المرتهن ضمانٌ؛ لأن رؤيته وسكوته رضًا.

وحكى بعضهم عنه أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لمرتهن الدَّار أَنْ يكري الدَّار بمؤامرة ربها إن كان حاضرًا، وإن ترك ذلك جاز ومضى إذا اجتهد.

ولا منافاة بينه وبين ما حكاه الأول، فتأمله.

(ص): ويد المرتهن بعد الموت والفلس لا يَثْبُتُ بها الحوز وإن اتَّفَقَا، إلا بالبينة

بمعاينته أنه حازه قبل

(ش): يعني: إذا وجد بيد من له دَينٌ عند شخصٍ سلعةٌ للمدين بَعْدَ مَوتِهِ أو فَلَسه، وادَّعَى أنَّها رَهنٌ عِنده، لم يصدق في ذلك، ولو وافقه الرَّاهن، خشية أن يتقاررا لإسقاط حق الغرماء.

عبد الملك في "الموازية" و"المجموعة": ولا ينفعه ذلك حتى يعلم أنه حازه قبل الموت والفلس.

محمد: صوابه لا ينفعه إلا معاينة الحوز.

وهو الذي ذكره اللخمي: أنه لا بد من معاينة البينة لقبض المرتهن.

وذكر ابنُ يُونُس في أول كتاب الرهن، قولين، أعني: هل يُكتفى بمعاينة الحوز؟ أو التحويز؟

واختار الباجي معاينة الحوز.

قال: ولعله معنى قول محمد، ولكن ظاهر لفظ خلافه.

وذكر (ع) عن بعض الأندلسيين أنَّ الذي جَرَى عليه العمل عندهم أَنَّهُ إذا وجد الرهن بيد المرتهن وقد حازه كَانَ رهنًا، وإن لم يَحضُروا الحيازة.

وفي "المقدمات": ولو وَجَدُوا الرَّهن بيد المرتهن بعد التفليس، فادَّعَى أَنَّهُ قبضه قبل التفليس، وجحد ذلك الغرماء لجرى الأمر على الاختلاف في الصدقة تُوجد بِيَدِ المتَصَدِّقِ عليه بعد موتِ المتصدق، فيدعي قبضها في صحته، ففي "المدونة" دليل على القولين جميعًا، ولو لم يتعلق بذلك حق الغرماء لوجب أن يصدق المرتهن ويقبل إقراره أنه قد حاز الرهن، فيكون بإقراره له شاهدًا على حقه إلى مبلغ قيمته.

(ع): ولو شهد شاهدان بالحيازة، وآخران بعدهما، عُمِلَ بشهادة الحيازة، لزيادتها.

وقول المصنف: بمعاينة أنه حازه، يحتمل كُلا من القولين، لكن المفهوم من المعاينة أنه لا بد من الشهادة على التحويز.

(ص): **وكذلك يد الأمين**

(ش): يعني: فلا يُقبل، قوله: أَنَّهُ حَازَهُ، إلا بالبينة، وهكذا نقل الباجي عن ابن الماجشون، واقتصر عليه اللخمي، ولم يَعْزُهُ، وبه قال ابن عتاب، قال: شهادة الأمين في ذلك ضعيفةٌ.

وقال سحنون: تُقبلُ شهادةُ العَدلِ الموضوعِ على يدِهِ الرَّهنُ في الدَّين والرهن.

(ص): **فلو باعه قبل القبض نفذ، وأتى برهن مكانه**

(ش): يعني: فلو باع الراهن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن نفذ البيعُ، وإن كان لا يجوز له ذلك ابتداءً، ولزم الرَّاهن أن يأتي برهنٍ آخر مكان المبيع يُوضع إلى أجَلِهِ.

وهذه إحدى روايتي " الموازية"، ونقلها محمد عن ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم، والرواية الثانية: أنه لا يلزمه الإتيان، ونقلت أيضًا عن ابن القاسم.

ونص (ع) على أنَّ هاتين الروايتين فيما إذا لم يفرط في الطَّلب.

ونُقل عن بعضهم أنَّه جعل للمرتهن نقض البيع وردَّ الرَّهن على ما وَقَعَ عليه الشرط أَوَّلا، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهنًا.

وظاهر "المدونة" كالثانية خلاف ما ذكره المصنف، ولفظها: وإن بعتَ مِن رَجُلٍ سلعةً على أن يرهنك عبده مَيْمُونًا، ففارقته قبل قبضه، لم يبطل الرهن، ولك أخذه منه ما لم تقم الغرماء، فتكون أسوتهم.

وإن باعه قبل أن تقبضه منه مضى البيع، وليس لك أخذه برهن؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك إياه. فظاهر احتجاجه بقوله: لأن تركك إياه، إلى آخره، راجع إلى سقوط طلب المرتهن لرهن آخره، لا إلى نقض البيع.

وتأول ابن القصار وغيره "المدونة" على أن المرتهن فرط في قبض الرهن وتوانى؛ لقوله: لأن تركك، إلى آخره. ولو لم يكن من المرتهن تفريطٌ، ولا توانٍ لكان له مقال في رد البيع، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهنًا.

وكذلك تأوَّلها أبو محمدٍ على أَنَّهُ تَراخَى في القبض، فَأَمَّا إنْ لَمْ يَتَرَاخَ في القبضِ، فبادر الرَّاهنُ البيع لم يبطُل الرَّهن ومضى البيعُ، وكان الثمن رهنًا.

وعلى هذا فيَتَلَخَّص أنَّ البَيعَ يَمضِي إن كان المرتهنُ فَرَّطَ، وإن لم يفرط، فقولان.

ونص عبد الملك في "المجموعة " على إمضاء البيع، وإن لم يُفرِّط.

عياضٌ: وأشار بعض شيوخنا إلى أنَّ هذا فيما كان من الرَّاهنِ شَرطًا في أصل العقد، فباعه الرَّاهنُ بعد التَّراخِي، وأمَّا مَا كان بَيعُه مبادرةً لإخراجه من الرَّهن فينتقض فيه البيع، فإن فات بيد مشتريه بقي الثمن رهنًا، وَأَمَّا مَا تطوع بِهِ من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه كحكم بيع الهبة قبل قبضها. ونقله (ع) عن غيرِ وَاحِدٍ.

وقيَّد ابن المواز وغيره ما تقدم من إمضاء بيع الرَّاهن، ولا طلب له برهنٍ آخر بما إذا أسلم البائع السلعة، ولو بقيت بيده لم يلزمه تسليمها - فرَّط أو لا - حتى يأتيه برهنٍ.

(ص): وبعده، قال ابن القاسم: له رده، وإن أجاز تعجل حقه، ورُوي: إذا بيع بمثل

الدَّين وقدره فأكثر مضى وتعجل، وإلا فله أن يجيز الجميع أو يرده

(ش): أي: وإن باع الرَّاهن الرَّهن بعد قبض المرتهن له بغير إذنه، فمذهب "المدونة": له إجازته ورده، فإن أجاز تعجل حقه.

(وروي) إلى آخره هو لمالك في "الموازية".

وتأول صاحب " البيان " "المدونة" على وجه يتفق به مع " الموازية"؛ لأنه قال: معنى "المدونة": أن له رد البيع إذا باعه بأقل من حقه، أو كان الدَّين عرضًا؛ إذ لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله، إلا أن يكون من قرض.

ونحوه للخمي، ولعلَّ المصنف لهذا لم يصرح بمخالفة الرواية الثانية للأولى، وإلا فكان يمكنه أن يقول: فإن بيع بأقل من الدَّين، أو بغير جنسه خير المرتهن، وإلا ففي تخييره قولان لابن القاسم ومالك؛ ليكون أخص.

وقوله في "المدونة": وإن أجاز تعجل حقه، قال فيها: شاء الراهن أو أبى.

وهو مُقَيَّدٌ بأن يحلف أنه إنما أجاز لذلك، صرح بذلك في "التلقين".

وقوله في "الموازية": بمثل الدَّين؛ أي: في الجنس والصفة والقدر.

وقوله: (وإلا)، تدخلُ فيه ثلاث صور، وهي واضحة، ونص هذه الرواية عند ابن يونس: وإن باعه بعد الحوز، وهو بيد المرتهن أو بيد أمينٍ، فإن باعه بمثل الحق، فإنه يُعجل للمرتهن حقه، وإن لم يحل وينفذ البيع، ولا حجة للمرتهن في رده؛ لأنه مضار، إلا أن يباع بأقل من حقه، فله أن يرده، أو يمضيه ويتعجل الثمن ويطلبه بما بقي.

ابن المواز: وكذلك إن باعه بثمنٍ مخالفٍ لحق المرتهن، فله نقض البيع - محمد -: وقد كان من رواية ابن القاسم وأشهب أنه إذا باعه بعد الحوز فلا بيع له ويرد، والأول أحب إليَّ، وعليه أصحابه، أنه ينفذ بيعه، ويتعجل حقه إن بيع بمثل دينه.

أشهب: وإن استهلك ثمن الرهن قبل أن يدفعه على المرتهن فإن كان عنده وفاءٌ به وَدَاهُ، وتم البيع وإلا فللمرتهن رَدُّ البيع.

وانظر كيف جعل، قوله: (إن بيع بمثل الدين)، في الرواية! وإنما هو من قول ابن المواز.

وقيد اللخمي ما ذكره في "الموازية" من أن للمرتهن رد البيع إذا بيع بأقل من الدَّين بِمَا إذا لم يكن ذلك الوقت وقت نفاق بيعه، قال: وإلا فلا رد له، وإن لم يُوفِ بالدَّين؛ لأن المنع ضررٌ على الرَّاهن من غير منفعةٍ للمرتهن.

وعن أشهب أنه لم يجز للمرتهن بيعه، وفي ثمن الرهن وفاءٌ، وللراهن مالٌ فلا

يلتفت إليه، ويمضي البيع، وإلا نقض، وإن أجاز بيعه بغير دينه إلى أجله ووقف له الثمن رهنًا، إلا أن يأتي الراهن برهنٍ ثقة يشبه الذي باع.

وقال سحنون: إن لم يأت برهن يشبه الذي باع عجل له الثمن؛ إذ لا فائدة في إبقائه. ورواه ابن عبد الحكم عن مالك.

(ص): **فإن كان بإذنه، ولم يسلمه، فقال: أذنتُ لأتعجل، حُلِّف، وأتى برهنٍ مكانه، فإن سلمه بطل رهنه**

(**ش**): يعني: فإن كان بيع الرَّاهن للرهن بإذن المرتهن فإن لم يسلمه للرَّاهن، وأبقاه تحت يده، وقال: إنما أذنت له في البيع لإحياء الرهن بِأَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ رهنًا.

أو يأتي برهنٍ آخر ثقة، لا لِيَأْخُذَ الرَّاهنُ الثَّمنَ حُلِّفَ على ذلك، وأتى الرَّاهن برهن ثقه، قال في "المدونة": يشبه الرهن الذي بيع، وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول، فلك أخذ الثمن، وإلا بقي الثمن رهنًا إلى الأجل، ولم يعجل للمرتهن حقه.

ولأشهب في "المجموعة": إذا باعه الرَّاهن بإذن المرتهن فلا أرى الثمن به رهنًا، إلا أن يكون المرتهن اشترط ذلك، وإن اشترط عند الإذن أن يقبض حقه فإن ذلك لا يصح، وأراهُ رَهنًا إلى أجله؛ لأن اشتراط تعجيل الثمن في البيع سلفٌ جَرَّ نَفْعًا.

وأَمَّا إن سلم المرتهنُ الرَّهنَ للرَّاهنِ فقد **بطل** الرهن؛ لأن دفع الرهن للراهن دليل على إسقاط المرتهن حقه منه. وهذا مذهب "المدونة".

وقيل: لا يبطل، بل يحلف المرتهن ويوقف الثمن.

وفي "الموازية": إذا أوصل المرتهن الرهن إلى الراهن حتى باعه فبيع جائزٌ، ولا يعجل الحق، كما لو باعه قبل الحوز.

وإن قال المرتهن: إِنَّما أوصلتُه لَكَ؛ لِتُعَجِّلَ لِي حَقِّي، وأنكر الرَّاهنُ، فقال أشهبُ: يحلف المرتهن، والقول قوله: ولا يضرُّه قيام الغُرَمَاءُ، إن كان ذلك بِقُرْبِ دَفْعِهِ إليه، وإن كان ليس بقرب دفعه، فقام الغرماءُ فهم أحق بالثمن.

عياض، وقوله في "المدونة": وتكون قيمته كالأول، يدل على أنه إنما يريد: مثل الرهن الأول، وإن كان زائدًا على الدَّين؛ لأنه قد رضي الأخذ بذلك، وعليه عقد عقده، ولهذه الزيادة فائدة؛ إذ قد تنخفضُ الأسواقُ في الأجل.

وقيل: معناه: أن يكون الأول حيوانًا، أو ما لا يُغَابُ عليه مِمَّا لا ضمان على المرتهن فيه، فيأتيه بخلافه فيلزمه.

(خ): وظاهر "المدونة": وهو ظاهرٌ من جهة المعنى أَنَّهُ لا بُدَّ من المعنيين؛ لأن

قوله فيها: يشبه الرهن الذي بيع؛ أي: في كونه فيما لا يُغَابُ عليه.

وقوله: وتكون قيمته كقيمته، ظاهر في اشتراط مساواة القيمة، والله أعلم.

(ص): **فإن أعتقه أو كاتبه أو دبره قبل القبض أو بعده فكالبيع قبله، وفيها: يتعجل بعده، ولا يلزمه قبول رهن مكانه**

(ش): أي: فإن كان الرهنُ عبدًا فأعتقه الرَّاهن أو كاتبَهُ أو دبَّرهُ، ولا يريد: أَنَّهُ يجوزُ له ذلك ابتداءً، فإن ذلك لا يجوز. نص عليه في "المدونة" وغيرها، وإنما مراده: لو فعل.

وظاهر قوله: (فكالبيع قبله)، أنه يمضي ما فعله، ويأتي برهنٍ ثقةٍ، ويُحتملُ أن يريد بقوله: (فكالبيع)؛ أي: في لزوم فعله وتعجيل الحق، ويكونُ قولُه بعدَ هذا: (وفيها: يتعجَّلُ بعده، ولا يلزمه قبول رهنٍ مكانه)، بيانًا لذلك، وهذا الوجه وإن كان بعيدًا من لفظه إلا أنه ينبغي أن يُعتمد عليه هنا؛ لأن النقل لا يصحح الوجه الأول. وسيظهر لك ذلك.

وقوله: (بعده)، يحتمل: بعد القبض، وهو ظاهرُ لفظِه، ويحتملُ: بعدما فعله من عتقٍ أو كتابةٍ أو تدبيرٍ، وهذا الثاني أقرب لما في "المدونة"؛ لأنه لم يذكر فيها قبضًا، ففيها: ومن رهن عبدًا ثم كاتبه أو أعتقه جاز ذلك إن كان مليًا وعَجَّلَ الدَّين - زاد في رواية ابن عتاب: أو يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاءً للدَّين، فتجوز الكتابة، ثم قال فيها: - وإن دبره بقي رهنًا؛ لأن للرَّجل رهنُ مُدبَّره، وروى ابن وهب عن مالك أنَّ التدبير مثل العتق، ويعجل له دينه.

وعلى هذا ففي نقل المصنف لمذهب "المدونة" نَظَرٌ؛ لأنه ترك رواية ابن القاسم.

فإن قيل: لعلَّه اختار رواية ابن وهب كما اختارها سحنون وغيره؛ لأن فيما رواه ابن القاسم احتمالُ إبطالِ التدبير، لإعسار السيد بالثمن عند الأجل.

قِيلَ: ولو اختارَهَا فكان ينبغي أن ينبه على رواية ابن القاسم.

فإن قلت: فلم عجل الدَّين في العتق والكتابة؟

قيل: لأنهم عَدُّوه للعلة راضيًا بتعجيل الدَّين؛ لأن الرجوع في الرهن لا يجوز، ورد المعتق في الرق لا يجوز، فلم يبق إلا بتعجيل الحق.

وقلنا: إنَّ النقل لا يصحِّحُ الوجه الأوَّل؛ لأن كلام المصنف مشتملٌ على ستِّ مسائل، إذ لِكُلِّ من العتق والكتابة والتدبير صورتان:

إحداهما: قبل الأجل.

والثانية: بعده.

وإذا حملنا كلامه على ظاهره يَلزمُ أن يكون الحكم في الست أنه يمضي فعله، ويأتي برهنٍ ثقةٍ، ولنذكر ما في ذلك قبل القبض وبعده.

أما قبل القبض فلم يصرح أحد - فيما رأيت - بالإتيان برهنٍ، بل نَصَّ أشهب على أنَّه لا يلزمه الإتيان برهن، وظاهر "المدونة" أنه يعجل الحق في الكتابة دُونَ التدبير كما تقدم؛ إذ لم يفرق فيها بين قبل القبض ولا بعده.

وصرح ابن القاسم بذلك في "العتبية": خلافًا لرواية ابن وهب: أنه يعجل فيهما، كما تقدم.

ونقل اللخمي في العتق والكتابة والإيلاد والتدبير قبل الحوز، قولين:

أولهما: لابن القاسم في "العتبية" -: أن بيعه قبل الحوز أو وطئه أو هبته أو صدقته جائزٌ، وَيُؤْخَذُ مِمَّا عليه من الدَّين ، وَيُقْضَى صاحبه، وإن لم يكن مُوسِرًا لم يجز شيءٌ إلا أن يولد أو يبيع.

والثاني: أنَّ ذلك لا يُعَدُّ رِضًا ولا يعجل الدَّين.

قال: ويختلف على القول أنَّ ذلك ليس رضًا في البيع، هل يتعجل الثمن الذي بيع به؟ أو يوقف أو يأخذه الرَّاهن ولا شيء للمرتهن فيه؟ انتهى.

اللخمي: وقال أشهب في "الموازية": أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه، فيكون محوزًا، وهو مكاتبٌ أو مُدبَّرٌ، وتكون الكتابة رهنًا، ولا تكون خدمة المدبر رهنًا.

وقال محمد: والكتابة مثل الخدمة - اللخمي: يريد: فيأخذ السيدُ كُلَّمَا حَلَّ نجمٌ، فإن أدَّى كان حُرًّا، ولا شيء فيه للمرتهن، وإن عجز كان رهنًا.

ويصح كلام المصنف في العتق على ما تقدم عن ابن المواز؛ لأنه قال: تعدي الرَّاهن في العتق - في كلام المصنف - كتعديه في البيع عند مالكٍ قبل القبض أو بعده.

وقد تقدم أنَّ في إحدى الروايتين: أنه لا يلزمه أن يأتي برهنٍ آخر.

وأما بعد القبض فقد تقدم ما في "المدونة": ولم أر من قال بالإتيان برهن آخر إلا الأبهري، فإنه قال بذلك في العتق خاصة، وهكذا قال (ر)، وألزمه اللخمي: أن يكون في الإيلاد كذلك، وقال أشهب مثل ما قدَّمناه عنه.

ونص قوله في ابن يونس: "وقال أشهب: هما - أي: الكتابة والتدبير - مثل العتق

إن كان مليًّا أخذ منه الحق مُعَجَّلا، إن كان ذلك بعد الحيازة، وإن لم يكن مَلِيًّا بقي ذلك بيد المرتهن بحاله، فإن أَدَّى الدَّين نفذ ما صنع الرَّاهن، وإن لم يؤده بطل صنعه وبيع ذلك، وإن كان في بعض ثمنه وفاءٌ بِيعَ في العتق بقدر الدَّين وعتق الباقي.

أشهب: وأما في الكتابة والتدبير والولادة فيباع ذلك كله، فيكون فضل ثمنه لسيده؛ إذ لا يكون بعض أم ولد، ولا بعض مكاتب، ولا مدبر.

ابن يونس: "وقال ابن المواز: وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهنًا بحاله؛ لأن الكتابة مما يباع، وإن تم الأجل وفيها فضل لم يبع منها إلا بقدر الدَّين، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة، وكذلك المدبر إذا حل الأجل بيع كله، ولا يجوز بيع شيء منه على أنه مدبر على حاله، ولا على أن يقاويه فيه.

وأما إذا أولد الراهن الأمة، فيجوز بيع بعضها، ويبقى باقيها بحساب أم ولد.

وكذلك يباع بعض المدبر على أنه رقيقٌ للمبتاع ويبقى باقيه مُدَبَّرًا، لجواز تدبير أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه، ولا يجوز ذلك في المكاتب.

(ص): وقال أشهب: وله أن يتمسك بالمكاتب والمدبر ويستوفي من كتابته.

وقال محمد: من ثمنه إن عجز.

(ش): ظاهره أن أشهب يخيره فإن شاء تعجل حقه، وإن شاء تمسك بالمكاتب والمدبر.

(**ويستوفي من كتابته**)؛ يعني: بخلاف خدمة المدبر، فإنها لا تَكُونُ رهنًا كما تقدم.

وحكى ابن يونس عن بعضهم أنه اتفق ابن القاسم وأشهب على أنه إذا كاتب العبد، وهو موسر، أنه يؤدي الدَّين وتتم الكتابة. وهو يناقض ما حكاه المصنف عن أشهب، لكن قد تقدم عن أشهب من كلام اللخمي مثل ما حكاه المصنف، وهو قوله: وقال أشهب في "الموازية": أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه، فيكون محوزًا، وهو مكاتب ومدبر، وتكون الكتابة رهنًا، ولا تكون خدمة المدبر رهنًا، لكن إنما قال أشهب هذا قبل القبض، وأما بعده، فقال: يعجل الحق إن كان مليًّا، وهذا لا يُؤخَذُ من كلام المصنف واللخمي.

وقال محمد: الكتابة مثل الخدمة.

يريد: فيأخذ السيد كلَّما حلَّ نجمٌ، فإن أدَّى كان حرًّا، ولا شيء فيه للمرتهن، وإن عجز كان رهنًا. انتهى.

وهذا الذي حكاه المصنف عن محمد بقوله: وقال محمد: من ثمنه إن عجز.

أي: وقال محمد: يستوفى من ثمنه إن عجز، ولا شيء له من نفس الكتابة.

اللخمي: وعلى قول أشهب كلما حل نجمٌ أخذه المرتهن من دينه؛ إذ لا فائدة في وقفه، فإن وفَّى أو عجل الكتابة كان حُرًّا، وإن كان الدَّين أكثر من الكتابة، فإن عجز كان رهنًا في الباقي، انتهى.

وقيد ابن يونس قول محمد بما إذا لم يوف ثمن الكتابة بالدَّين.

قال عنه ابن يونس: ابن المواز: أما في التدبير والكتابة، فيبقى رهنًا بحاله؛ لأن الكتابة مِمَّا يُبَاعُ، فإن تَمَّ الأجَلُ وفيها وَفَاءٌ بِيعَتْ، وإن كان فيها فضلٌ لم يبع منها إلا بقدر الدَّين، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيعِ الرَّقبة بيعت الرَّقبة. انتهى.

(ص): فإن كان معسرًا بقي رهنًا، ومتى أَدَّى مَا عَلَيْهِ منه، أو من العبد، أو من أجنبي نفذ.

(ش): أي: فإن كان الراهن معسرًا، ودَلَّ كلامه هذا على أن كلامه السابق مقيد باليسر، قال في "المدونة": فإن أعتق وهو عديم بقي العبد رهنًا، فإن أفاد رَبُّه قبل الأجل مالصا أُخِذَ منه الدَّين ونفذ العتق.

وقال بعد هذا: وإذا أعتق المديان عبده فأراد الغرماء رده رُدَّ العتقُ وبيعَ، إلا أن يَقُول لهم العبدُ: خُذُوا دَينَكم، أو يَتَبَرَّعَ لهم بذلك أجنبيٌّ، فَإِنَّهُ ينفذُ العتق.

فالضمير في (منه)، عائدٌ على الرَّاهن، وهو ظَاهِرٌ، ولا إشكال في هذا إذا أعطى العبد ذلك على أن لا يرجع به عليه السيد، وَأَمَّا إن أَدَّاهُ ليرجع به عليه، فنقل ابن يونس عن بعضهم أنه قال: ينبغي أن يكون ذلك للعبد؛ لأن الغرماء لو شاؤوا أن يصبروا بدينهم ويجيزوا عتقه كان ذلك لهم، إلا أن يقال:

إن عتقه في العبد لم يكن عتقًا يَتِمُّ إلا بقضاء الدَّين، فصار كأنَّه أدَّى الدَّين وهو في ملك سيده. وفي هذا نظرٌ؛ لأنَّ السيد لو أعتقه وللعبد على سيده دَينٌ، ولم يكن استثنى ماله لوجب أن يجوز عتقه، ويبقى دَينُه في ذِمَّة سيِّده، وليس له أن يرد عتق نفسه؛ لأجل ماله على سيده؛ إذ لو رَدَّه لكان للسيدِ أَخذُ مَالِهِ، ولا تكون له فائدةٌ في ذلك، كما قيل: إذا زَوَّجَ أمته لعبدٍ، وقبض صداقها واستهلكه، ثم أعتقها قبل البناء، أنه لا خيار لها؛ لأن ثبوت الخيار يسقطه.

انتهى باختصار.

ونقل بعض من تكلم على هذا الموضع، قولين:

أحدهما: أنه لا يرجع به على السيد.

والثاني - لابن رشد - قال: "والصواب أنه يرجع؛ لأن الراهن لما تعدَّى فقد رضي ببقاء الدَّين في ذمته.

(ص): **فإذا تعذر بيع بعضه بعد أجله بيع جميعه، وما بقي للراهن ملك**

(ش): يعني: إذا أعتق وهو معسر، وبقي العبد رهنًا إلى الأجل، فإنه يُباعُ منه عند الأجل بقدر الدَّين، إن وجد من يشتري ذلك، وأعتق ما بقي.

قال أشهب: وإن لم يُوجَدُ بيع كله وقُضِي الدَّين ، وكان ما بقي لربه يصنع به ما شاء؛ لأن الحكم لما أوجب بيع جميعه صار ثمنه كله للراهن.

(ع): ولو قيل: يجعله في جزء حرية ما بَعُد، كما قالوا فيمن أعتق تطوعًا أو أهدى وأخذ أرشًا. قال أشهب: وإنما يباع بقدر الدَّين في العتق.

وأما في الولادة والتدبير والكتابة فيباع كله، ويكون فضل ثمنه لسيده؛ إذ لا يكون بعض أم ولدٍ، ولا بعض مكاتب ولا بعض مدبَّر.

(ص): **ومعيرُ الرهن إذا أعتقه كذلك**

(ش): يعني: أن من أعار عبدًا لمن يرهنه فرهنه المستعير، ثم أعتقه المعير، فإن كان المعير مليًّا نفذ العتق، وقيل له: عَجِّل الدين لربه؛ إذ أفسدت عليه رهنه، قال في "المدونة": إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدَّين، فلا تلزمه إلا قيمته، ويرجعُ المعير على المستعير بما أدى بعد محل الدين، لا قبله.

وخالف أشهب في هذا، ولم يجزه، كمن أعتق عبده بعد أن رهنه، ورآه مثل الذي أعتق عبده بعد أن جنى، فيحلف المعير ما أعتقه؛ ليؤدي الدَّين، ويبقى رهنًا حتى يقضيه حقه من ثمنه إذا بيع، أو يفدي فينفذ فيه العتق، وإن نكل غرم الأقل من قيمته، أو الدَّين ونفذ عتق العبد، ورجَّح محمد الأول بأن الجناية أخرجت العبد من ملك ربه، إلا أن يفديه، بخلاف المعير فإن العبد لم يخرُج عن ملكه.

وإلى أنَّ المعير لا يكونُ له أن يطالِبَ المستعير بما أدَّى إلا بعد أجل الدَّين، أشار المصنف بقوله:

(ص): **وإذا عجل للمرتهن رجع على المستعير بعد الأجل**

(ش): لأن المستعير إنما التزم أداء الدَّين بعد حلول الأجل، ولم يفعل شيئًا يُوجب عليه التعجيل.

(ص): **ويمنع من الوطء فإن فعل فحملت، فالولد ينسب مطلقًا، ثم إن كان غصبًا فكالعتق**

(ش): يعني: ويمنع الرَّاهن من وطء الأمة المرهونة؛ لأن وطئه لها تصرُّفٌ في الرهن مبطلٌ لحيازته، فإن وطء وحملت، فالولد ينسب؛ أي: ابنٌ له مطلقًا، سواءٌ كان غصبًا أم لا، كانت تخرج أم لا، ثم إن كان غصبًا فكالعتق؛ أي: فيلزمه تعجيل الدَّين أو قيمة الأمة، إن كانت أقل، إن كان مليًّا، وإن كان معسرًا بيعت الجارية بعد الوضع.

ابن يونس: وبعد حلول الأجل، ولا يُبَاعُ ولدُها؛ - لما تقدم - أنه حر ينسب.

(ع): ولم يقولوا: إذا قصر ثمنها عن الدَّين أن الرَّاهن يغرم الأقل من قيمة الولد، أو بقية الدَّين مع أنَّ الولد الحادث بعد الرهن داخل في حكم الرهن، ولو قيل به لما بَعُد، وفي مسائل الأمة المستحقة والمعارة ما يلاحظ.

أشهبُ: وإن وجد من يبتاع منها بقدر الدَّين فعل وأعتقت ما بقي، وإن لم يُوجد استؤني إلى الأجل، فإن وجد أيضًا ذلك وإلا بيعت وقُضي الدَّين وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء، وهذا مأخوذ من قول المصنف: (فكالعتق).

فائدة:

تباع أم الولد هُنَا، وفي خمس مسائل:

الأولى: الأمةُ الجانيةُ إذا وطئها السيدُ بعد عِلمِه بالجنايةِ وهو عديمٌ، فإنها تسلم للمجنى عليه.

الثانية: الابن يطأُ أمةً من تركة أبيه، وعلى الأب دينٌ يستغرق التركة، والابن عديم، وهو عالمٌ بالدَّين حالة الوطءِ.

الثالثة: أمةُ المفلس إذا وقفت للبيع، ووطئها وحملت.

الرابعة: أمة الشريكين يطأها أحدهما: وهو معسر.

الخامسة: إذا وطء العامل أمة القراض فحملت، وكان معسرًا.

ويمكن أن تجعل هذه المسائل فائدة من وجه آخر، بأن يقال: توجد أمة حاملٌ بِحُرٍ في ست مسائل.

فإن قلت: فهل يُتصوَّرُ عكس هذا بأن يكون العبد في بطن الحرَّةِ؟

قيل: نعم، وذلك إذا وطء العبد جاريةً له، وحملت وأعتقها، ولم يعلم السيدُ يعتقه لها حتى أعتقه، فإنَّ عتق العبد أمته ماضٍ، وتكون حرة، والولد الذي في بطنها قن؛ لأنه للسيد.

قال في "الجلاب": فلو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها. والله أعلم.

(ص): وإن كانت مخلاةً تذهب وتجيء، فقيل: وقيل: كالغاصب

(ش): هذا قسيمُ قولِه: وإن كان غَصبًا، يعني: وإن لم يكن وطءُ الرَّاهن للأمة الرهن على وجه الغصب، بل كانت مخلاةً تذهب وتجيءُ في حوائج المرتهن، فوطئها الرَّاهن بغير إذنه، فالمشهور أنه ينتقض الرهن. وجعلوا كونها مخلاة كالإذن في الوطء.

(وقيل: كالغصب)، وهو قول لمالك في "الموازية"، فتباع دون الولد، يريد: تباع بعد الأجل والوضع، إلا أن يكون له مال. وبه قال سحنون، واختاره اللخمي؛ لأن الراهن في كلا الحالتين ممنوعٌ من الوطء.

(ص) **ويُمنع العبد من وطء أمته المرهون هو معها**

(ش): يعني: أنَّ السيد إذا رهن عبدًا في دينٍ، وللعبد أمةٌ أدخلها سيدُ العبدِ في الرَّهن لم يكن للعبد أن يطأ أمته؛ لأن ذلك يشبه الانتزاع؛ لأنه عرض كل واحد من العبد والأمة للبيع، وقد يباعان مجتمعين ومنفردين.

وقلنا: يشبه الانتزاع؛ لأنه ليس انتزاعًا حقيقةً؛ لأن المشهور إذا افتكها السيد من الرهن فللعبد أن يطأها بالملك السابق، ولو كان انتزاعًا حقيقةً لافتقر إلى تمليك ثان، كما قاله ابن المواز - وإذا منع العبد من وطء أمته المرهون هو معها، فمن باب أولى أن يمنع إذا رهنها السيد فقط.

وأما إذا رهنه فقط، فأجاز له في "الموازية" أن يطأ أمته، وأم ولده إذا لم يكن المرتهن اشترط أن يكون ماله معه رهنًا، وأما إن اشترط ذلك فلا.

وقال بعضهم: إذا ارتهن عبدًا وشرط أن ماله رهنٌ معه، وللعبد جاريةٌ أنَّ للعبد أن يطأها، بخلاف ما لو رهنه هو وجاريته.

ابن يونس: وهو خلاف ما في "الموازية".

وقول المصنف: (المرهون)، يجوز أن يكون صفةً للأمة، ويكون حينئذٍ صفةً جرت على غير من هي له، ولذلك أبرز الضمير في قوله: (**المرهون هو معها**).

ويجوز أن يُرفع صفة للعبد، ولا يحتاجُ على هذا إلى إبراز الضمير. والله أعلم.

(ص): **وإذا زنى المرتهن بها حد، ولا ينفعه دعوى الجهل**

(ش): لأن المرتهن لا ملك له فيها، والمرتهن والأجنبي فيها سواءٌ، ولا يعذر بشبهة الارتهان.

قال في "المدونة": ولا يلحق بالمرتهن الولد، ويكون مع الأم رهنًا، وعليه ما نقصها الوطء بكرًا كانت أو ثيِّبًا إذا أكرهها، وكذلك إذا طاوعته وهي بكر؛ يعني: بخلاف الثيب.

وقال أشهب: لا شيء عليه في المطاوعة، وإن كانت بكرًا كالحرة، وفرق ابن القاسم بأن الواطئ جانٍ على ملك السيد.

وصوب ابنُ يونُس وغيره: أن عليه ما نقصها في الوطء، وإن كانت ثيبًا؛ لأنه إذا كان عليه ما نقصها في الإكراه، مع كونها لا تُعدُّ زانيةً، فالطَّوعُ الذي تُعدُّ فيه زانيةً أولى، واحتجوا لذلك بما في كتاب المكاتب أنَّ على الأجنبي ما نقصها على كل حال، والمرتهن أجنبي.

وقد حكى ابن رشد وغيره هذه الأقوال الثلاثة صريحة، ولا خلاف أن عليه في الإكراه ما نقصها.

فرع:

قال في "المدونة": ولو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها، لم يعتق عليه الولد؛ لأنه لم يثبت نسبه منه.

(ص): **فإن كان بإذنه لم يُحد ولزمته قيمتها، حملت أو لا، دون قيمة الولد**

(ش): يعني: فإذا كان وطءُ المرتهن للجارية بإذن الرَّاهن لم يُحَد، وكان القياس أن يُحَد، إلا أنهم راعوا خلاف عطاء بن أبي رباح، فإنه كان يجيز التحليل ابتداءً.

وقوله: (ولزمته قيمتها)، إنما لزمته لتتم له الشبهة، والله أعلم.

(ص): **ويختص المرتهن عن الغرماء**

(ش): هذه هي فائدة الرهن، ولو لم يختص المرتهن بالرهن؛ لكان وجود الرهن كعدمه، والاختصاص مقيد بما إذا لم يكن هناك أحق منه، كما إذا اكترى أرضًا ورهن زرعها، ثم انهارت بئرُها، فأصلحها أجنبيٌّ وأحيا الزرع، فإنه أحقُّ من المرتهن كما سيأتي.

(ص): **ولا يستقل المرتهن بالبيع إلا بإذنٍ بعد الأجل**

(ش): يعني: أن اختصاص المرتهن بالرهن لا يُوجب له التصرف فيه، ولا يبعه بعد أجل الدَّين، إلا أن يأذن له في ذلك بعد الأجل.

(ر): ولا خلاف في ذلك، وإنما لم يكن للمرتهن البيع؛ لأن الأصل أن لا يباع ملك الإنسان إلا بعد سبب يُوجِبُ بيعه.

وقوله: (ولا يستقل)؛ أي: بل يرفع إلى الحاكم؛ ليطالب الراهن أن يكلفه البيع، فإن امتنع باع عليه.

واعترض قول المصنف: (إلا بإذن بعد الأجل)، بأنه لو أذن له بعد عقد الرهن

وقبل الأجل جاز له بذلك البيع، كبعد الأجل.

قاله صاحب " البيان"، وابن زرقون، لكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه؛ لأنه هدية مديانٍ.

(ص): **ولا يضر اتحاد القابض والمقبض**

(ش): لما ذكر أنه يجوز أن يبيعه المرتهن بالإذن بعد الأجل، ذكر هذا كالجواب عن سؤالٍ مُقَدَّرٍ كَأَنَّ قَائلا، قال: كيف يصح أن يوكل مع كونه يبقى قابضًا مُقبِضًا؟

فأجاب: بأن ذلك لا يمنع الصحة؛ لأنه قابضٌ باعتبارٍ، مُقبِضٌ باعتبارٍ، فكأن ذلك بمنزلة شخصين؛ لأن الرَّاهن لما وَكَّله على البيع كَانَ وكيلا على قبض الثمن، ثم يقبضه لنفسه، فكونه مقبضًا عن الراهن سابق على كونه قابضًا لنفسه، إلا أن قبضه للرَّاهن حسيٌّ، وقبضه لنفسه حكميٌّ بالنِيَّةِ خَاصَّة.

(ع): وهل هذه السبقية بالزَّمَان أو بِالعِلَّةِ؟

فيه نظر، وعلى الأول يجب سقوط ضمان الثمن عن المرتهن إذا شهدت البينة بهلاكه إثر قبضه، بخلاف الثاني، ولم أر هذا لهم.

(ص): **فإن أذن قبله فباع رد ما لم يفت، وقيل: يمضي، وقيل: في التافه، وقيل: إن عسر الوصول إلى الحاكم**

(ش): قوله: (قبله)، يريد مع عقد الرهن، وأما بعدَه وقبل الأجل فهو مُلحقٌ بِبُعْدِ الأجَلِ.

وحكاية المصنف الخلاف في الإمضاء يَدُلُّ على منع الوكالة ابتداءً، وقد اختلف في جوازها في عقد الرهن على ثلاثة أقوال:

الجوازُ، وهو قول إسماعيل القاضي، وابن القصار، وعبد الوهاب.

والمنع، وهو قولُ ابنِ نَافِعٍ، وأشهب وغيرهما.

والكراهة ابنُ زرقون: وهو مذهبه في "المدونة" وغيرها، ولم يصرح في "المدونة" بالكراهة لكنه فهمها من إمضائه البيع بمجرد العقد، وكذلك فهم اللخمي.

وردَّه المازري، لجواز أن يكون إنَّما أمضاهُ بالعقد؛ مُرَاعاةً لخلاف أبي حنيفة، فإنه يجيز ذلك، وقد وقع في البيوع ما يمنع ابتداءً، وإذا وقع مضى.

ومنشأُ الخلاف هل يُقَالُ: إنَّ عدم بيع الرهن إنما هو من حق الراهن، فإذا أذن في البيع جاز؟ أو يقال: الوكالة للمرتهن تشتمل على معنيين متضادين؛ لأن الراهن يحرص على الاستقصاء في بيع الرهن، والمطاولة في الاجتهاد فيه والنداء عليه، والمرتهن

يحرص على ضد ذلك من سرعة بيعه؛ ليأخذ حقه، فلما اشتملت على متضادين بطلت من أصلها، ومن كره توسط بين الدليلين.

تفريع

لا إشكال على الجواز في إمضاء بيعه، وأما على الكراهة والتحريم.

فقال ابن زرقون: أما ما لا بال له أو ما يخشى فساده فيمضي بيعه باتفاقٍ.

وكذلك حكى المازري وابن يونس الاتفاق على الإمضاء فيما لا بال له، وهو يُخَالِفُ ما حكاه المصنف؛ لأنه عمم الخلاف؛ لأنه لما ذكر القول الثالث بالتفصيل بين التافه وغيره، عُلم أن غيره من الأقوال مطلق.

ولم يجعل ابن يونس الإمضاء فيما يخشى فساده متفقًا عليه.

وتبع المصنف ابن شاس، فإنه حكى الأربعة الأقوال التي ذكرها المصنف، وتصورها من كلام المصنف بين.

وحكى جماعة فيما له بال ثلاثة أقوال:

الأول - مذهب "المدونة": الإمضاء، وهو لمالك في العتبية أيضًا، وبه قال أصبغ، قال مالك في "العتبية": وسواء فات أو لم يفت؛ لأنه بيع بإذن ربه.

الثاني: لمالك أيضًا في "العتبية": أنه يمضي ما لم يفت، هكذا حكى ابن زرقون هذا القول، وتأوله صاحب " البيان " على أنه يمضي في العروض، ويرد في الأصول إلا أن يفوت، واستبعد ابن زرقون هذا الفهم، قال: والمراد بقوله: (إلا أن يفوت)؛ أي: بما يفوت به البيعُ الفَاسِدُ.

الثالث: أنه يرد مطلقًا، وإن فات عند المُشترِي لَزِمَ المرتهنُ الأكثرَ من القيمة، أو مَا بَاعَهُ به، وهو مذهب " الموازية".

وحكى في "البيان " عن أشهب رابعًا: بالإمضاء في العروض، والرَّدِّ في الأصول، فاتت أو لم تَفُت، قال في "البيان": وكُلُّ من قال بالإمضاء فإنما قال بذلك إذا أصاب وجه البيع.

وأما إن باع بأقل من القيمة فله أخذه من المشتري، وإن تداولته الأملاك فله أن يأخذ بأي الأثمان شاء كالشفيع.

وهذا الخلاف كله مقيد بأن لا يُفوض إليه في بيع الرَّهن، وأما لو فَوَّضَ لمضى بيعُه اتِّفَاقًا، قاله المتيطيُّ.

وإن جعل الراهن للمرتهن بيع الرهن دُونَ مؤامرة الحاكم، وأنَّه أحلَّه في ذلك

محل نفسه، ومحل الوكيل المفوض، وأنه ليس له عزله؛ إذ له البيع بذلك، قاله في "الوثائق المجموعة " بعشرة شروط:

خمسةٌ تُتَلَقَّى من إقرار الرَّاهن، وهي: إقراره بالدَّين، وبالوكالة، وبالتفويض، وأنه مصدق في الثمن، وفي الاقتضاء بغير يمين.

وخمسةٌ تَثبُتُ بالبينة: ملك الراهن، واستمرار ملكه إلى حين القبض، وحوزه من يده بالقبض، والصلاح والسداد في الثمن.

وقال ابن رُشد: اختلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن للرهن على قولين.

وقوله: (وقيل: إن عسر الوصول إلى الحاكم)، هذا لأشهب، ونَصُّه على ما نقله جماعةٌ، وأما ببلدٍ لا سلطان فيه، أو فيه سلطانٌ يعسُر تناوله، فبيعه جائزٌ إذا كان بيعًا صحيحًا.

أشهب: وإن كان الرهن مِمَّا يسرع إليه الفساد مقثأةً أو قضبًا، باعه من غير أمر السلطان، ولا يطلع ربها؛ لأن حبسها فساد.

وجعله المصنف خلافًا، والذي يُؤخذ من كلام اللخمي والمازري وغيرهما أنه وفاق، وأنه إذا عسر الوصول إلى الحاكم باع بحضرة العدول.

ونص المازري على أن إحضار العدول من باب الأولى.

ونصَّ في "البيان " على أن قول أشهب تفسير.

نعم نُقل عن غير واحد أنه خلاف، وعليه يأتي كلام المصنف ونصه: وقال أشهب: إذا كان الرهن مقثأة أو قضبًا أو تمرًا يُجنى شيئًا بعد شيءٍ، فيُخشى عليه الفسادُ، فبيع المرتهن له جائزٌ دون مؤامرة السلطان ولا ملا ولا جماعة.

وقوله: عندي تفسيرٌ، وحمله بعض الناس على أنه خلاف لمذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه في "المدونة" وغيرها.

(ص): **ويستقل الأمين فيه إذا له قبل الأجل وبعده**

(ش): حاصل كلامه: أن الأمين ليس كالمرتهن، بل له أن يبيع بغير مؤامرة الحاكم قبل الأجل وبعده. وعلى هذا فالمساواةُ بينهما حاصلة إذا كان الإذن بعد الأجل، ويختلفان إذا كان الإذن قبله، وهكذا ذكر ابن شاس، والمازري: وهذا لبعد التهمة في الأمين.

فإن قلت: مقتضى كلام المازري المساواة بعد أن ذكر الجواز في الأمين أن الخلاف جارٍ في الأمين كما في المرتهن، وكذلك هو ظاهر كلام اللخمي.

فالجواب: أن كلامهما محمول على ما إذا وكل المرتهن أن يبيع ما تحت يد الأمين، وذلك ظاهر من كلامهما.

فرعان

الأول: إذ وكل وكيلا على بيع الرهن، فهل يكون للراهن عزله أو لا؟ عندنا قولان، واقتصر ابن الجلاب على أنه لا يعزله إلا بإذن المرتهن، قال في "اللباب": وهو ظاهر المذهب.

وأشار اللخمي إلى أن من يجيز الوكالة ابتداء يمنعه من العزل، وفيه نظر، ألا ترى أن القاضي إسماعيل يجيز الوكالة، وقد اختلف قوله في جواز العزل، فحكى الباجي والمتيطي وصاحب " البيان " عنه جواز العزل.

وحكى اللخمي والمازري منعه عنه، والله أعلم.

الثاني: قال في "المدونة": وإذا أمر السلطان رجلا ببيع الرهن ليقضي المرتهن حقه، فباعه ثم ضاع الثمن من يده لم يضمنه المأمور، وصدق في ضياعه فإن اتُّهِم حُلِّف وكان ضياعُ الثَّمن من الذي له الدَّين.

قال بعض القرويين: وإنما يكون ضياع الثمن من الذي له الدَّين على قول ابن القاسم إذا ثبت بيع المأمور للرهن ببينة، وإن لم يثبت بيعه إلا بقوله: فإن الراهن لا يبرأ من الدَّين؛ لأن صاحب الدَّين لم يأتمنه على البيع.

وخالفه غيره، وقال: ذلك سواء، وضمان الرهن من المرتهن.

ابن يونس: وهذا هو الصواب، وعليه يدل ظاهر الكتاب، ولأنه جعله السلطان أمينًا لهما على بيعه، فوجب سقوط ضمانه، وقبول قوله.

ولو ضاع الرَّهن قبل بيعه لكان على قول ابن القاسم من ربه، وعلى قول ابن الماجشون من الذي له الدَّين، وهذا كاختلافهم في مال المفلس الموقوف للغرماء.

(ص): ما لم يكن في العقد شرط

(ش): لم يثبت هذا في كل النسخ، وهو راجع إلى قوله: (ويستقل الأمين)؛ أي: ويستقل إلا أن يكون ذلك شرطًا في العقد، ومراده بذلك ما قاله صاحب " الجواهر"، لكن عبارته لا تفي بذلك، ولفظه: ولو أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز، ولو قال الراهن لمن على يده الرهن - من مرتهنٍ أو عدلٍ -: إن لم آت به إلى أجل كذا، فأنت مُسلَّطٌ على بيع الرهن، فلا يبيعه إلا بأمر السلطان، فإن باعه بغير أمره نفذ. انتهى. ونحوه في "المدونة" ونصُّها: ومن ارتهن رهنًا وجعلاه على يد عدلٍ،

أو على يد المرتهن إلى أجل كذا، واشترطا إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل، وإلا فلمن على يده الرهن بيعه، فلا يُباعُ إلا بإذن السلطان، وإن اشترط ذلك، فإن بيع نفذ بيعه ولم يُرَدّ، وإنما لم يجز البيع هُنَا للأمين إلا بإذن السلطان؛ لأَنَّهُ قَيَّدَ البيع بأن لم يأت، ومن الجائز أن يكون أتى، أو حاضرًا معه في البلد، فلذلك لا بُدَّ مِنْ نظر السلطان بخلاف الأولى، فإنَّه قد أذِن فيها إذنًا مطلقًا.

(ص): وإذا امتنع الرَّاهن باع عليه الحاكم

(ش): إذا رفعَ المرتهنُ الأمر إلى الحاكمِ أمرَه بالوفاءِ، فإن لم يكن، قال صاحب "البيان" وغيره: وَإِذَا غَابَ باع الحاكم عليه الرَّهن بعد أن يثبت المرتهن عنده الدَّين والرَّهن.

قال في "البيان": واختُلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن له؟ على قولين: يتخرَّجَان على المذهب، وهو عندي إذا أشبه أن يكون له، وأما إن لم يشبه كرهن الرجل حُلِيًا أو ثوبًا لا يُشبه لباسه، وكرهنِ المرأة سلاحًا فلا يبيعه السلطان إلا بعد إثبات الملك، فإن لم يكن سلطان باعه بحضرة العدول ونفذ البيع، هذا في العُرُوض، أما العقار يبيعه بحضرة العدول بغير أمر السلطان فله أن يأخذه من يد المشتري وإن بيع بالقيمة. انتهى، ونحوه في "المتيطية".

وظاهر ما تقدم من كلام اللخمي والمازري أنه إذا لم يكن سلطانٌ أو عسُر اطلاعه أن يمضي البيع بحضرة العدول في العقار وغيره، وهكذا قال (ر): إن اللخمي لم يفرق بين عقار وغيره.

فرعان:

الأول: قال ابن عبدوس: وإذا أمر الإمامُ ببيع الرَّهن فاليسيرُ الثَّمن يباعُ في مجلس، وفي الكثير الأيام وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك، وأما الجارية الفارهة والدار والثوب الرفيع، فبقدر ذلك حتى يشتهر، وربما نُودي على السلعة الشهرين والثلاثة، وكل شيء بقدره.

الثاني: إذا أراد الإمام بيع الرهن فبيع بغير العين، فقال ابن القاسم في "الموازية": لا يجوز ذلك.

وقال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه، ولم يكن فيه فضل جاز، وإن كان فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة، والمشتري بالخيار فِيمَا بَقِيَ، إن شاء تمسك أو رد، لما فيه من الشركة، وإن باعه بغير ما عليه لم يجز.

(ص): **ويرجع المرتهن بنفقة الرهن، أذن أو لم يأذن**

(ش): تصور المسألة ظاهر، ووجهها: أنه لما كانت الغلة للراهن وجب أن تكون النفقة عليه.

المازري: واختلف الأشياخ إذا كان الرهن عبدًا وأبق، وطلبه من عادته طلب الإباق هل يأخذ الجعل من الراهن؟ وهو الأصل، أو من المرتهن؛ لأن المنفعة إنما هي عائدةٌ عليه، على قولين، والأول قول سحنون. وكذلك اختلف في الجُعل على البيع إذا كان الراهن غائبًا، فروى أبو زيد وعيسى عن ابن القاسم: أنه على طالب البيع.

وقال أصبغ وعيسى: بل على الراهن.

وخالفا ما رواه أشهب: وليس للراهن أن يمنع المرتهن أن ينفق على الرهن؛ لأنه يهلك إذا كان حيوانًا ويخرب إذا كان ربعًا.

وقوله: (أذن أو لم يأذن)، يريد: لأنه قام عنه بواجبه.

واعلم أن النفقة تتعلق بذمة الراهن إذا أذن باتفاق.

واختلف إذا لم يأذن، فقال ابن القاسم: هو كما لو أذن.

وقال أشهب: إنما تتعلق بعين الرهن، قياسًا على من أنفق على ضالةٍ، فإن الإنفاق يكون في عينها وتُباعُ فيه، وإن قصر ثمنها عن الإنفاق، ولم يُتبَع صاحبها بالزَّائد.

وفرق ابن القاسم بينهما بأن الرهن لما دفعه صاحبه للمرتهن وقد علم أنه لا بُدَّ لَهُ من النفقة صَارَ كالإذن.

واختُلف على قول ابن القاسم إذا كان الراهن غائبًا، هل يتبع بالنفقة ولو زادت على ثمن الرهن؟ أو لا؛ لأن النظر في حق الغائب بيع الرهن، وكأنَّ الراهن إنما أَذِنَ في الإنفاق مَا لَم يُجَاوز قيمته، فللأشياخ قولان: حكاهما المازري.

وحكى ابن يونس الأول عن بعض القرويين، وقال: القياسُ عندي أن لا يتبع بالزائد؛ لأنه لم يأذن في النفقة، ومن حجَّتِهِ أن يقول: كان ينبغي لك إذا بلغت النفقة مقدار ثمنه أن ترفعه إلى الإمام فيبيعه، ولا تخلد في ذمتي دَينًا لم آذَن لك فيه.

(ص): **ولا يكون رهنًا به خلافًا لأشهب**

(ش): أي: ولا يكون الرهن رهنًا بالنفقة خلافًا لأشهب، وأطلق المصنف في خلافِ أشهب، وهو مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا لَم يَأْذَن، وقَاسَها أشهب على الضَّالة، بأن الضَّالة رهنٌ بِمَا أنفق عليها.

وفرق ابن القاسم في "المدونة" و"المجموعة " بينهما بأنَّ الضَّالة لا يقدر على

صاحبها، ولا بد له من النفقة عليها، والرهن ليست نفقته على المرتهن، ولو شاء طالبه بنفقته، وإن غاب رفع ذلك للإمام.

ابن يونس: بناء على هذا فإن قال له الإمام: أنفق على أن نفقتك فيه، كان أحق به من الغرماء حتى يستوفي نفقته، ثم دينه.

واختلف الشيوخ إذا قال: أنفق على أن نفقتك في الرهن، ويتبين لك بذكر لفظ "المدونة" أولا، ولفظها: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه، أو بغير أمره، رجع بما أنفق على الراهن.

ابن القاسم: ولا يكون ما أنفق في الرهن إذا أنفق بأمر ربه؛ لأن ذلك سلف، إلا أن يقول له: أنفق على أن نفقتك في الرهن، فإن قال ذلك، رأيتها في الرهن، وله حبسه بما أنفق وبما رهنه، إلا أن تقوم الغرماء على الراهن، فلا يكون المرتهن أحق منهم بفضلة الرهن عن دينه، لأجل نفقته، أذن في ذلك، أو لم يأذن إلا أن يقول: أنفق والرهن ما أنفقت رهن.

وقال ابن شبلون: الحكم على ظاهر "المدونة" في تقسيمه ثلاثة أقسام.

وقال غيره: لا فرق بين قوله: أنفق على أن نفقتك في الرهن، وبين أن يقول: والرهن بما أنفقته رهن، ولا يكون للمسألة عند هؤلاء إلا قسمان.

المازري: وحمل هؤلاء "المدونة" على أن فيها تقديمًا وتأخيرًا، قال: وظاهر الكتاب التفرقة، كما قال ابن شبلون.

وبالتسوية، قال ابن يونس، ونقله عن بعض القرويين.

واحتج ابن يونس بأن المسألة وقعت في "المجموعة" و"الموازية" كذلك، ولفظها في الكتابين: قال ابن القاسم: وإذا أنفق المرتهن على الرهن، بأمر ربه، أو بغير أمره فهو سلف، ولا يكون في الرهن إلا أن يشترط أنه رهن بالنفقة، إلا أن له حبسه بما أنفق وبدينه، إلا أن يكون على الرَّاهن دَين، فلا يكون أولى بما يفضل عن دينه إلا أن يشترط أن ذلك رهن في النفقة.

(ع): وليس في هذا كبير دليل على ابن شبلون، ولا يبعد تأويله، وحمله على ما في "المدونة".

(ص): **فإن كان شجرًا أو شبهه فانهارت البئر، وخيف التلف، ففي إجباره قولان**

(**ش**): أي: فإن كان الرهن شجرًا وشبهه؛ أي: زرعًا فانهارت البئر، وخيف على الشجر أو الزرع التلف؛ لقلة الماء، ففي إجبار الراهن على إصلاح البئر وعدم

إجباره، قولان.

والقول بالجبر هو المنصوص لابن القاسم في "المختصر" و"الموازية" و"العتبية"، إن كان له مال، وإن لم يكن له مال نظر، فإن كان بَيْعُ بعض الأصل خيرًا له، بيع منه ما يصلح به البئر، وإن تطوع المرتهن بالنفقة في إصلاحها، فإن رأى أنَّ ذلك خير لرب الرهن، قيل للمرتهن: أنفق، وتكون أولى بالنخل حتى تأخذ ما أنفقت، ولا يُنظر إلى قيمة النفقة ولا قيمة ما وضع من حجرٍ وغيرِه، ولكن يحسب له بما أنفق كالسلف.

والقول بعدم الجبر تأول على "المدونة"؛ لأن فيها: إذا أبى الراهن من إصلاحها، فأصلحها المرتهن خوف هلاك النخل والزرع، فلا رجوع بما أنفق على الراهن، ولكن يكون له ذلك في الزرع وفي رقاب النخل يبدأ فيه بنفقته فما فضل كان في دينه.

فقوله: أبى من إصلاحها، يقتضي أنَّه لا يُجبَر.

وقد يقال: لا نسلم أنَّ هذا يُؤخذُ منه عدم الجبر؛ لجواز أن تحمل "المدونة" على ما إذا تعذر الرفع إلى الإمام أو نحو ذلك، على أن ابن يونس جمع بين القولين، فحمل الأول على أن الرهن في عقد البيع أو القرض، وما في "المدونة" على أنه تطوع به.

(ع): ولم يعدوا نفقة المرتهن هنا سلفًا جَرَّ منفعةً، ولعلَّ ذلك لشدة ما يلحقه من الضرر بهلاك الرهن إذا تركت النفقة.

(ص): **وإذا لم يجبر فأنفق المرتهن ففي الشجر يبدأ بنفقته ويتبعه بدينه أو بما بقي**

(ش): يعني: وإذا لم يجبر الراهن على النفقة فأنفق المرتهن، ولو أسقط، قوله: (ففي الشجر)، لكان أحسن؛ لأن ذلك مفهوم مما سبق، ولأن قوله: (ففي الشجر)، يفهم أن الزرع ليس كذلك، وقد قَدَّمْنَا عن "المدونة" التسوية بينهما.

ومعنى ما قاله: أنَّ ما أنفقه يكون في الثمرة، فإن ساوت الثمرة النفقة أخذها المرتهن، وإن لم تساو لم يتبع الراهن بفاضل النفقة، ويتبع بدينه أو بما بقي؛ أي: ويتبع المرتهن بما يبقى بدينه إن لم تساو الثمرة إلا قد النفقة أو أقل، ويتبعه بالباقي من الدَّين إن زاد ثمن الثمرة على مقدار النفقة بما لم يُوفِّ الدَّين، أما إن زاد بمقدار الدَّين فإنه يأخذ ذلك، ولا كلام له.

(ص): **الضمان: إن كان مما لا يغاب عليه، كالحيوان والعقار فمن الراهن، ما لم يتبين كذبه، كدعواه موت الدابة ببلد، ولم يعلم بذلك أحد**

(ش): هذه إحدى المسائل التي فرَّق فيها أصحابنا بين ما يُغَابُ عليه، وبين ما لا يُغَابُ عليه، وقد تقدمت.

وقوله: (كالحيوان)؛ أي: على اختلاف أنواعه، مأكولا أو غيره، طيرًا أو غيره، آدميًا أو غيره، وهذا هو المنصوص، وأخذ مِمَّا رواه أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد، وقبضه كله وتلف، أنه لا يضمن إلا نصفه، ضمان ما لا يُغاب عليه.

اللخمي: وأرى أن يضمن كل ما يستخف ذبحه وأكله.

وحكى ابن بزيزة فيه ثلاثة أقوال: ثالثها: إن كان مما يسرعُ إليه الأكل، كالنعم ضمن، وإلا فلا.

وقوله: (والعقار)؛ أي: الأرض، وما اتصل بها من بناءٍ أو شجرٍ.

وقوله: (ما لم يتبين)، إلى آخره، هو جارٍ مجرى الاستثناء؛ أي: لا ضمان على المرتهن فيما لا يُغاب عليه، إلا أن يتبين كذبه، ثم بين ما يتبين فيه كذبه بقوله: كدعواه موت الدابة ببلد، ولم يعلم بذلك أحد، وكذلك أيضًا: إذا كان رفقة واحدة.

المازري: "وإذا كان بموضع جماعة وعمارة سئلوا، فإن صدَّقوه تأكد غلبةُ الظن بصدقه، عدولا أو غيرهم، وإن كذبوه، وكانوا عدولا، غلب على الظن كذبه، فلم يصدق، وإن كانوا غير عدول لم ينتقل الحكم عن تصديقه إلى تكذيبه، بتكذيب قوم له ليسوا بعدول؛ لتطرق التهمة إليهم، فأنهم كتموا ما علموه من موت الدَّابة لما طلبت منهم الشهادة، ويكتفى في خير الحضور وتصديقهم بأنهم رأوا دابة ميتة، وإن لم يعلموا أنها الدَّابة الرَّهن، هكذا وقع في "المجموعة"، وهذا صحيح إذا كانت هذه الشهادة على صفة تغلب على الظن أن هذه الدَّابة ليست غير الدَّابة التي بيد المرتهن، أو يكون الأمر مُشكلا، فليستصحب الحكم في أن ما لا يغاب عليه لا يضمن، انتهى.

وما ذكره من عدم ضمانه إذا كذبه الجماعة، وكانوا غير عدول، نصَّ عليه أشهب فيما إذا ادَّعى إباق العبد بحضرة جماعة وكذبوه.

الباجي: يريد: لأنه لم يثبت كذبه.

وما نقله المازري عن " المجموعة " نحوه في الباجي، وزاد: أنه يحلف أنها هي.

وكلام المازري صريح في أنه يقبل في تصديقه غير العدول.

وقول (ع) ظاهر كلامهم، بل هو نص أنه لا يقبل إلا العدول، ليس بظاهر.

تنبيه:

ألحق اللخمي بما لا يغاب عليه ما دخل المرتهن والراهن على بقاءه بموضعه، كالثمار في رؤوس النخل والزرع القائم، وما في الجرين والأندر، وكالسفن على ساحل البحر وآلتها إذا دخل على بقاءها بالساحل، وكالأعدال إذا خليت في قاعة الفندق،

وكالطعام والزيت المختزن في دار الراهن مطبوعًا عليه، أو مفتاحه بيد المرتهن، وإن كان مختزنًا في دار غيره، أو في بيتٍ من الفندق، لم يضمنه، فإن علم أنه كان يتكرر له ويفتحه، وأشبه أن يكون أخذ ذلك في تكرره ضمنه، أما إن كان في حرز المرتهن، لم يصدق في ضياعه.

(ص): **وإن كان مما يُغابُ عليه، كالحلي والثياب عند مؤتمن فكالأولى، وبيده فيضمن**

(ش): (فكالأولى)؛ أي: فالضمان من الرَّاهن، وبيد المرتهن يضمن، ودليلُنا على هذه التفرقة في ضمان ما يُغَابُ عليه دُون غيره: العمل الذي لا اختلاف فيه. نقله مالك في "الموطأ"، ولأن الراهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط، فيكون ضمانه من ربه كالوديعة، ولم يكن لمنفعة الآخذ فقط، كالقرض، فيكون من الآخذ، بل أخذ شبهًا منهما فتوسط، وجعل ضمان ما لا يُغابُ عليه من الراهن؛ لعدم تهمة المرتهن، وضمان ما يغاب عليه من المرتهن؛ لتهمته على ذلك.

(ص): **فإن أقام البينة ففي انتفاء الضمان روايتان، لابن القاسم وأشهب، بناءً على أن الضمان للتهمة، أو لدخوله عليه**

(ش): أي: فإن أقام المرتهن البينة على هلاك ما بيده مما يغاب عليه، فرأى ابن القاسم أنه يسقط عنه الضمان، وبه قال ابن القاسم وأصبغ وعبد الملك، بناءً على أن الضمان إنما كان للتهمة، وقد زالت بقيام البينة.

وروى أشهب أنه لا يسقط عنه الضمان، وبه قال أشهب، قال جماعة: لأن الضمان على هذا القول ضمان أصالة؛ لأن هذا القسم مقابل لما لا يُغَابُ عليه، وحكم أحد المتقابلين ثابت بالأصالة، فيكون مقابله كذلك، وقال المصنف - تبعًا لابن شَاسٍ -: (لدخوله عليه)، والعلة الأولى أحسن؛ لأن المرتهن قد لا يكون عنده علم بحكم المسألة، أو يذهب فيها إلى قول ابن القاسم، فلا يقال: أنه دخل على الضمان.

فروع:

الأول: إذا قلنا بعدم الضمان فيما لا يُغابُ عليه، فهل تتوجه اليمين على المرتهن أنه لم يفرط؟ مُتَّهمًا كان أو غيره، أو لا تتوجه؟ أو تتوجه على المتهم دون غيره؟ ثلاثة أقوال، ورأى صاحب " النكت " أنها تتوجه هنا، وفي العارية والمبيع بالخيار والمستأجر، وإن قلنا: أن أيمان التهم لا تتوجه في غير هذا الموضع؛ لأن المرتهن ونحوه قبض لحق نفسه.

أجاب عما قاله المتقدمون: أنه لا يمين على عامل القراض يدعي التلف، إلا أن يكون متهمًا مع أنه قبض لمنفعة نفسه، فإن منفعة القراض ليست متيقنة، إذ قد لا يربح فيه.

قال: ويحلف غير المتهم: ما فرطت ولا ضيعت. ويزيد المتهم: ولقد ضاع.

الثاني: إذا وجب ضمان ما يغاب عليه، فقال جماعة من متقدمي الشيوخ - وهو في "العتبية"، وعليه حمل بعضهم "المدونة"، وبه أفتى إسحاق بن إبراهيم -: يحلف لقد ضاع بلا دُلسَةٍ دَلَّستُهَا فيه، ولا يعلم له موضعًا، ووجه يمينه مع ضمانه تهمته على الرغبة في عينه.

وقال العتبي: لا يمين عليه.

قال: وكيف يحلف ويضمن؟

ونحوه لمالك في هذا الأصل.

قال العتبي: إلا أن يقول الراهن: أخبرني مخبر صدق على كذبه، وأنه رأى الرهن عنده قائمًا، فيحلف على ذلك حينئذٍ، وإلى هذا ذهب ابن لبابة والأكثر.

واعترضه بعضهم، وقال: يمين تُوجب يمينًا؟

وأجيب: بأن اليمين قد تُوجب اليمين، وذلك في كتاب الله تعالى في اللعان.

الثالث: إذا أتى بالثوب وقد احترق بعضه، وادَّعى أنه احترق، لم يصدق إلا أن يعلم سبب ذلك، من احتراق منزله أو حانوته.

زاد محمد بن المواز: ويُشترط أن يعلم أن النار من غير سببه.

واختلف هل قول محمد تفسير للمذهب؟ أو خلاف؟

الباجي: وإذا ثبت الاحتراق، فإن ثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق صدق، أتى ببعضه محروقًا أم لا، وإن لم يثبت ذلك فإن أتى ببعضه محروقًا صدق أنه كان في حانوته الذي احترق، وإن لم يأت بشيء منه، وادَّعى احتراق جميعه، فظاهر المسألة أنه غير مصدق، وعندي أنه إن كان مِمَّا جرت العادة برفعه إلى الحوانيت حتى يكون متعديًا بنقله عنه، كأهل الحوانيت التجار الذين تلك عادتهم، لا يكادون ينقلون شيئًا من ذلك عن حوانيتهم، فأرى أن يصدقوا فيما عرف من احتراق حوانيتهم، وبذلك أفتيت في طرطوشة عند احتراق أسواقها، وكثرت الخصومة في ذلك، وظني أن بعض الطلبة أظهر لي رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك.

وذكر المازري أنه نزل عندهم سنة ثمانين وأربع مائة لما فتح زويلة والمهدية،

ونهبوا الأموال، وكثرت الخصومات مع المرتهنين والصناع، وفي البلد مشايخ من أهل العلم متوافرون، فأفتى جميعهم بتكليف المرتهن والصانع البينة أن ما عنده قد أخذه الروم، وأفتيت بتصديقهم، قال: وكان القاضي يعتمد حينئذٍ على فتواي، فتوقف؛ لكثرة من خالفني، حتى شهد عنده عدلان أن شيخ الجماعة السيوري أفتى بما أفتيتُ به. ثم قدم علينا كتاب " المنتقى " للباجي، فذكر فيه في الاحتراق مثل ما أفتيت به، وذكر كلام الباجي المتقدم.

الرابع: لو سقط الدَّين إما بهبة، أو إعطاء الحق، فالضمان مستصحب، إلا أن يمكن المرتهن الراهن من الرهن، ويتركه عنده، فهو حينئذٍ كالوديعة.

وقد بعدنا عن كلام المصنف فلنرجع إليه.

(ص): **وعليهما لو شرط أن لا يضمن، ولم تقم البينة، انعكس القولان**

(**ش**): أي: وعلى قول ابن القاسم وأشهب، لو شرط المرتهن أن لا يضمن ما يغاب عليه (انعكس القولان)، ويريد: في الصورة الظاهرة، وإلا فكل من الإمامين باق على أصله.

ومعنى (العكس): ثبوت الضمان عند ابن القاسم؛ لأن التهمة المقتضية للضمان حاصلة، وعند أشهب لا يضمن؛ لأنه لم يدخل عليه.

ولعلَّ المصنف وابن شاسٍ إنما عللا قول أشهب بالدخول على الضمان لهذا الفرع، إذ لا يتأتى فيه ما عللوا به من الأصالة.

قيل: وكل منهما نقض أصله، أما ابن القاسم فلأن الضمان عنده إنما هو للتهمة، فمن حق المرتهن أن يقول: لم أبطل بشرطي حكمًا شرعيًا، وأنت قد أسقطت الضمان الذي هو من حقك.

وأما أشهب فالضمان عنده ضمان أصالة، فكان ينبغي أن لا يوفى له بشرطه؛ لأنه مبطل لحكمٍ شرعي.

وقد اختلف المذهب في البائع بثمن إلى أجل يشترط في عقد البيع أنه مُصدَّق في عدم قبض الثمن، هل يوفى له أم لا؟ أو يوفى للمتورعين عن الأيمان دون غيرهم، على ثلاثة أقوال.

وعلى أنه يوفى له، فهل يجوز مثله في القرض؟

قال بعضهم: لا؛ لأنه سلفٌ جَرَّ نفعًا، والصحيح يوفى له؛ لأنه شرطٌ ينشأ عنه توثق، فكان كالرهن والحميل.

المازري: وقول ابن القاسم وأشهب يحسن إذا كان الرهن في عقد بيع أو سلف؛ لأن الراهن هناك يكون له حصة من الثمن في المبيع، ومعناه في السلف، وأما لو كان هذا الاشتراط في رهنٍ تطوع به الرَّاهن بعد عقد البيع والسلف من غير شرط، فإنه هَاهُنَا لا يحسن الخلاف؛ لأن التطوع هنا بالرهن كالهبة، فإذا انضاف إلى هذا التطوع إسقاط الضمان، فهو إحسانٌ إلى إحسانٍ، فلا وجه للمنع فيه، ويؤيد هذا أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه يوفى له بالشرط في العارية، وما ذاك إلا لأن العارية لا عوض فيها، وإنما هي هبةٌ ومعروف. انتهى، ونحوه للخمي.

فرع:

وأما عكس هذا، وهو: اشتراط الضمان فيما لا يغاب عليه، ففي "المدونة" و"الموازية": لا يلزمه وضمانه من ربه.

وقال أشهب: إن اشترط ذلك؛ لخوف طريق ونحوه، فهلكت الدَّابة بسبب ذلك الخوف، فإنه ضامن.

اللخمي: ويجري فيها قولٌ آخر: أنه لا ضمان؛ لأن الحيوان مختلف في ضمانه فيوفى له بالشرط؛ لأن " الْمُؤْمِنِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"، ومراعاة لقول أبي حنيفة: أن الضمان من المرتهن مطلقًا.

وعلى المشهور فلا كراء عليه أيضًا على حكم العارية، وعن أشهب أنه كراء فاسد، وعليه أجرة المثل في ركوبه، وإن عثر عليه قبل استعمالها رد، نص عليه اللخمي في العارية، وحمل ابن رشد قول أشهب على التفسير الأول.

(ص): **فإن كان الرهن نصفه، وقبض الجميع لم يضمن، إلا نصفه، كمعطيك دينارًا؛ لتستوفي منه نصفه دَينًا، وكذلك لو ترك المستحق الحصة المستحقة بيده**

(ش): أي: فإن كان الرهن نصف ما يغاب عليه، كثوبٍ مثلا رهن نصفه، فإنه إن ضاع لا يضمن إلا نصفه؛ لأن الرهن إنما هو النصف، والنصف الآخر هو فيه أمين، ونظرها بمسألتين:

الأولى: إذا أعطاه دينارًا؛ ليستوفي نصفه، فإنه لا ضمان عليه في النصف الزائد؛ لأنه إنما قبضه على الأمانة، ولأنه لما قبضه صار شريكًا لمعطيه فهلاكه عليهما.

قال في "التهذيب": ولا يمين عليه، إلا أن يتهم فيحلف.

والثانية: إذا استحقَّ شخص بعض الرَّهن الذي يُغَابُ عليه، ثم تركه تحت يد المرتهن وضاع، فإنه لا يضمن حصة المستحق؛ لأنها تحت يده على الأمانة.

لا يُقال: لم لا يستصحب الضمان في الحصة المستحقة؟ كما استصحب فيما إذا أعطى المرتهن دينه، كما تقدم؛ لأنا نقول: المستحق لم يتقدم له على المرتهن ضمان فيستصحب.

(ص): وإذا فات بجناية فأخذت القيمة، فإن جاء برهن مكانه أخذها، وقال محمد: إن كانت من جنس حقه تعجلها، وإلا كان رهنًا.

(ش): يعني: إذا جنى أجنبي على الرهن وأفاته، فأخذت قيمته، ففي "المدونة" ما قاله المصنف، ولفظها: "فإذا غرم المتعدي القيمة، فأحب ما فيه إلى أن يأتي الراهن برهنٍ ثقة مكان ذلك، ويأخذ القيمة، وإلا جعلت القيمة رهنًا.

ابن يونس: ويطبع عليها.

وانظر قول مالك: أحب، فإن ظاهره عدم الجزم بهذا الحكم، إلا أن يكون المراد: أحب ما سمعت.

أبو الحسن: وقوله: برهن ثقة، معناه: تكون قيمته كهذه القيمة.

وقال ابن المواز: إن كانت القيمة من جنس الدَّين وصفته تعجلها؛ إذ لا فائدة في وقفها، ولا منفعة في ذلك للرَّاهن، فإن لم تكن من جنسه بقيت رهنًا.

ومراده (بجنس حقه): أن يوافق في كونها دنانير أو دراهم، هكذا نصَّ عليه محمد، ولعل المصنف سكت عنه؛ لأن التقويم إنما يكون بالعين، والأول أظهر؛ لأن حق المرتهن في الرهن الأول قد بطل بتلفه، وإنما بقي حقه في مطلق التوثق، فإذا أتى الراهن برهنٍ آخر لم يبق للمرتهن حجةٌ.

وأشار (ع) إلى أنه يمكن أن يحمل قول محمد على الوفاق، بأن يحمل الأول على ما إذا لم تكن القيمة من جنس الدَّين.

(ص): وإذا جنى الرهن واعترف الراهن وحده، فإن كان معدمًا لم يصدق، وإن كان مليئًا، فإن فداه بقي رهنًا، وإلا أسلم بعد الأجل ودفع الدَّين

(ش): يعني: فإن جنى العبد الرهن جناية على أحد أو استهلك مالا، فإن لم تثبت الجناية ببينةٍ، ولكن اعترف الراهن بها فقط، فإن كان معدمًا لم يُلتفت لقوله؛ لأنه إقرار على المرتهن، وإن كان مليا خير الراهن بين أن يفديه، أو يسلمه للجناية، فإن فداه بأن دفع أرش الجناية، بقي الرهن على حاله، وإن أسلمه لم يدفع للمجنى عليه، ويبقى تحت يد المرتهن؛ لأن وثيقته متقدمة على المجنى عليه، وهكذا في "المدونة".

وقيده ابن يونس بما إذا لم يقر أنه جنى قبل الرهن، فأما إن أقر أنه جنى قبل رهنه،

فإن لم يُفده، ولم يرض بحمل الجناية، وحلف أنه ما رضي أن يتحملها، فإنه يجبر على إسلامه، وتعجيل الدَّين، كمن أعتق وأقرَّ أنه لغيره إن كان الدَّين مِمَّا له تعجيله. ولو كان الدَّين عروضًا من بيع، ولم يرض من هي له أن يتعجلها، ما جاز إقراره على المرتهن، كما لو كان معسرًا والدَّين مما له تعجيله، ويكون المجنى عليه مخيَّرًا، فإن شاء غرمه قيمته يوم رهنه؛ لأنه متعدٍّ عليه، وإن شاء صبر عليه، حتى يحل الأجل، فيباع ويتبعه بثمنه.

(ص): وإن ثبت ببينة، أو اعترفا واختار إسلامه خير المرتهن أيضًا، فإن أسلمه كان لذي الجناية بماله وأتبع الراهن

(ش): يعني: وإن كانت الجناية ثبتت، وفي معناها: أن يعترف الراهن والمرتهن بالجناية، فقد تعلق به ثلاثة حقوق: حقٌّ للسيد، وحقٌّ للمرتهن، وحقٌّ للمجنى عليه، فيخير السيد أولا؛ لأنه المالك ين أن يفديه أو يسلمه، فإن فداه بقي على حاله، ولوضوح هذا تركه المصنف، وإن أسلمه خير المرتهن أيضًا؛ لتقدم حقه على حق المجنى عليه، فإن أسلمه المرتهن أخذه المجنى عليه ملكًا له، قال في "المدونة": ويكون ماله للمجنى عليه، قلَّ أو كَثُرَ.

ابن يونس: وليس للمرتهن أن يودي من مال العبد الجناية، ويبقى رهنًا إلا أن يشاء سيده.

زاد صاحب " النكت": وسواء كان مال العبد مشترطًا إدخاله في الرهن أم لا؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق، فيتعلق على السيد غرم مثله؛ لأن رضاه بدفعه إليهم كدفعه ذلك من ماله.

فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن، فإن كان لم يشترط المرتهن إدخال المال في الرهن فلا كلام له، وإن اشترط إدخاله في الرهن فإن دعا المرتهن أن يفديه كان ذلك له، وإن أسلم العبد كان ذلك للرَّاهن.

ولما تكلم المصنف على ما إذا أسلم المرتهن، شرع في الكلام على ما إذا فداه، فقال:

(ص): وإن فداه كان الفداء في رقبته لا ماله، بيدي على الدَّين، ولا يباع إلا بعد الأجل، وقال سحنون: وقبله، وروي: أن الفداء في رقبته وماله

(ش): يعني: وإن فداه المرتهن فالمشهور - وهو مذهب "المدونة"، واختاره ابن القاسم وابن عبد الحكم - أن الفداء إنما يكون في رقبته دون ماله، مُبَدًّأً على الدَّين.

وروي عن مالك - وهو اختيار ابن المواز وأكثر الأصحاب -: أن الفداء يكون في رقبته وماله؛ لأنه لو أسلمه كان للمجنى عليه بماله، فإذا افتكه المرتهن انبغى أن يكون له ما كان للمجنى عليه.

ورأى في المشهور أن المرتهن: إنما افتكَّه ليردُّه على ما كان عليه، ولولا ذلك لما كان له تطرق إلى العبد بوجه، فحينئذٍ إنما يرجع العبد إلى ما كان عليه، وهو إنما كان مرهونًا دون ماله، ولهذا لو كان مال العبد مشترطًا في الرهن لم يختلف إذا افتكَّه أنه يكون الفداء في رقبته وماله.

وعلى القولين ففي "المدونة": لا يباع إلا بعد الأجل.

وقال سحنون: وقبله؛ أي: لأجل الفداء، وهو مبني على الرواية التي اختارها ابن المواز: من أن المرتهن وجب له ما كان للمجنى عليه.

واستحسن اللخمي قول سحنون، قال: ولا مقال للراهن؛ لأنه رضي بإسلامه. وعلى مَا وَجَّهنا به المشهور يندفعُ هذا.

ثُمَّ فيما اختاره ابن المواز إشكال من وجهٍ آخر، ويتبين لك ذلك بما نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما عنه: أنه إذا أسلمه السيدُ خُيِّرَ المرتهنُ في ثلاثة أشياء، وهي: إسلامُه، أو فداؤه بمقدار الجناية، أو أكثر، فإن أسلمه أو فداهُ بمقدار الجناية فكما تَقَدَّم، وإن فداه بأكثر ولو بدرهمٍ، فقال محمد: يكون العبد للمرتهن ملكًا، ويتبع المرتهن الرَّاهن دينه إلا بالدرهم، فإنه يسقط من جملة الدَّين.

وقوله: أنه يتبع بدينه إلا بذلك الدرهم، لا يصح إلا على تقدير أن المرتهن اشتراه من الراهن بما أدى فيه، وإذا كان عبده مبيعًا، فكيف يتبعه ماله؟

والقاعدة المأخوذة من الحديث الصحيح أن العبد لا يتبعه ماله إلا أن يشترطه المشتري.

وفيه إشكال من وجهٍ آخر، وهو: أن هذا الدرهم إذا لم يحل أجله مقدم ومقارن لعقدة البيع، فينبغي أن يمتنع، لما في ذلك من البيع والسلف، إلا أن يقال: إن هذا لم يكن مقصودًا، وإنما الأحكام جرت إليه، ولما أشرنا إليه في توجيه المشهور، قال بعض القرويين: إن نفقة هذا العبد إلى الأجل على سيده الذي كان ينفق عليه؛ لأنه رجع إلى ما كان عليه.

(ص): **فإن حل الأجل بيع بماله ويدين بالفداء، فإن كان ماله نصف الثمن مثلا، أخذ الغرماء نصف ما بقي، ودخل معهم بما يبقى من دينه، وقال التونسي: وهذا**

هو القياس

(ش): هذا تفريعٌ على الرواية التي اختارها محمد، مثال ذلك: لو بيع بمائة، وكان بدون ماله يساوي خمسين، فماله زاد نصف الثمن.

وقال (مثلا)؛ لأنه قد يزيد الثلث ونحوه، فالمائة الحاصلة منها خمسون للرقبة، وخمسون للمال، وعلى هذه الرواية أن الفداء متعلق برقبته وماله فيأخذه، فإذا كان الفداء خمسين أخذها وتبقى خمسون، نصفها لرقبته ونصفها لماله، والرهن أولا إنما كان في رقبته، فيأخذ من دينه ما بقي من رقبته، ويأخذ الغرماء الخمسة والعشرين، فإن بقي له شيءٌ من دينه دخل معهم وأخذ بحساب ماله.

وأما على مذهب "المدونة" فالفداء، إنما هو متعلق برقبته، فيأخذ الخمسين التي تقابل الرقبة، ويأخذ الغرماء الخمسين الباقية، ويدخل معهم بدينه؛ لأنه لم يبق له رهنٌ يختص به.

(ص): **وأما لو فداه بإذن الراهن لكان كسلف، فلا يكون رهنًا به**

(ش): يعني: وأما إن فدى المرتهن العبد من المجني عليه بإذن الراهن، فالفداء سلف في ذمة السيد، وإن زاد على قيمة العبد، ولا يباع قبل الأجل اتِّفَاقًا، محمد: ولا يكون رهنًا بالفداء، وعليه اقتصر المصنف؛ لأن الفداء لما كان سلفًا اقتضى ذلك، إلا أن يكون العبد رهنًا فيه؛ لعدم اشتراطه ذلك، ولهذا قال المصنف: فلا يكون رهنًا به؛ لأن (الفاء) تشعر بالسببية، وقال مالك وابن القاسم: بل هو رهنٌ بِهِ، واختلف فيه قول أشهب.

اللخمي: وأرى أن يحلف؛ ليكون رهنًا له.

ونقل ابن يونس عن أشهب أنه لا يكون رهنًا، ثم عارض بين قوله وقول ابن القاسم في هذه المسألة بقولهما في مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالات، إذا أمر رجلا أن يشتري له لؤلؤًا، وقال له: أنقد عني. فإنَّ ابن القاسم عدَّه مسلفًا، ولا يرى له إمساك اللؤلؤ بثمنه، وأشهب يَرَى لَهُ إمساكه رهنًا، قال: فخالف كل منهما أصله.

(ص): **وإذا قُضِي بَعْضُ الدَّين أو سقط بطلاق، أو إبراء بقي جميع الرهن في الباقي، وكذلك لو استحق بعض الرهن بقي الباقي في الجميع**

(ش): كما لو رهنه عشرة أرادب قمحًا مثلا في مائة درهم، ثم قضاه خمسين، فلا يأخذ الراهن شيئًا من الرهن إلا بعد وفاء جميع الحق؛ لأن الأسواق قد تحول على الباقي، ولأنَّ كل جُزءٍ من الرهن في مقابلة كل جزء من الدَّين، وكذلك لو رهنها رهنًا

في صداقها، فَطَلَّقَهَا قبل البناء، فسقط عنه النصف، أو أبرأته من النصف لم يكن للزوج أن يأخذ شيئًا من الرهن، ولا فرق بين أن يكون الرهن مُتَّحِدًا، كدار وثوب، أو متعدِّدًا كثوبين ونحو ذلك.

قوله: (وكذلك لو استحق) إلى آخره، تَصَوُّرُه ظَاهِرٌ.

فرع:

وإذا تعدد الراهن والمرتهن، ففي "المدونة": وإذا أقرضاه جميعًا واشترطا أن يرهنهما رهنًا فلا بأس به، قيل له: فإن قضى أحدهما دينه، فهل له أخذ حصته من الرهن؟ قال: قال مالك في رجلين رهنا دارًا لهما في دَيْنٍ، فقضى أحدهما حصته من الدَّين، فله أخذ حصته من الدار.

واستُشكل قياسُ ابن القاسم؛ لأنه في الثاني إذا قَضَى أحد الرَّاهنين حصته، وقلنا له: إن له أن يأخذ حصته من المرتهن لا يقع خللٌ في حيازة نصيب الراهن الذي لم يقبض الحق، بخلاف الأول - أعني: إذا اتَّحد الراهن وتعدد المرتهن - فإنه إذا قبض الرَّاهن حظ المرتهن الذي أوفاه، عادت يد الراهن مع المرتهن الذي لم يقبضه، وذلك مبطل لحيازته، ولهذا الإشكال اختصر المختصرون المسألتين على السؤال والجواب، إشارة إلى الإشكال، ولهذا قال ابن يونس: يُؤخذ من قوله جواز حوز المرتهن نصف دارٍ مثلا، والباقي للراهن، خلاف المعلوم من قوله.

وردَّه عياضٌ بأنه لم يقل: إنَّ بقاءه بيد الراهن لا يبطل الرهن، وإنما تكلم على خروجه من الرَّهن؛ ليبيعه وينتفع ثمنه.

فرع مرتب:

وهو أنَّه إذا تعدد المرتهن واتحد الراهن، فإن قضى أحدهما: فهل يدخل الآخر عليه فيما قضاه؟

عياض: تحقيق المسألة أن الدَّينين: إن كانا من شركة من ثمن مبيع بينهما، أو من سلفٍ واحدٍ اشتركا فيه، وهما جنسٌ واحدٌ، فمتى مضى أحدهما، دخل عليه الآخر، إذا كتباه في كتاب واحد، وكان الرهن لهما في شيءٍ واحدٍ، وإن لم يكتباه في كتاب واحد، قال في "المدونة": كقمح أو دنانير مشتركة بينهما.

وأما إن كتباه في كتابين فإنهما رضيا بالتفاضل. وأما إن كانا نوعين أو حقين مختلفين، كبيعٍ وسلفٍ أو دنانير، فلكل واحد منهما أن يقتضي دون صاحبه، كانا بكتاب واحد، أو بكتابين، إذ لا شركة بينهما في ذلك، كما نص عليه في "المدونة"، فلو كانا

من جنس واحد ونوع من الحقوق واحد ولا شركة في ذلك بينهما، كدنانير من سلفين مختلفين منفردين، فإن كانا في كتابين لم يدخل أحدهما على الآخر، وكذلك إن كانا في كتاب، قاله أبو العباس الإبياني وغيره، وهو ظاهر.

قوله في الكتاب: وإنما الذي لا يكون لأحدهما، الكلام فيما اقتضى صاحبه، فيما كتباه في كتابٍ واحد من مال أصله شركة بينهما.

(ص): **فإن طلب المستحق بيع ما لا ينقسم بيع كغيره، وكانت حصةُ الرَّاهن رهنًا، وفي رهنتيها لا تعجيلها - إن كانت من جنس الدَّين - قولان لابن القاسم وأشهب**

(ش): يعني: إذا استحق بعض الرهن، وطلب المستحق بيع نصيبه، فإن كان مِمَّا ينقسم قسم، وتركت حصة الراهن رهنًا، ولوضوح هذا لم يتعرض له المصنف، وإن كان مما لا ينقسم بيع جميعه، **كغيره** من سائر المشتركات التي لا تنقسم إذا طلب أحد الشريكين البيع، فإنه يجبر له الآخر، ثم إن بيع بخلاف الدَّين في الجنس، أو الصفة بقيت حصة الراهن رَهْنًا، وإن بيعت بجنسه وصفته، فقال ابن القاسم: تبقى أيضًا رَهْنًا.

وقال أشهب: بل يعجل للمرتهن؛ إذ لا فائدة في وقفها، وقد تضيع فلا ينتفع بها الراهن ولا المرتهن. وهذا معنى قوله: (وفي رهنيتها لا تعجيلها، قولان لابن القاسم وأشهب).

واعلم أن التعجيل - على قول أشهب - مقيَّدٌ بما إذا لم يأت برهنٍ آخر، هكذا صرح به أشهب في "الموازية"، وظاهر كلام المصنف أن أشهب يقول بالتعجيل إذا بيع بمثل الدَّين، سواءٌ كان الدَّين عينًا أو عرضًا، والذي في ابن يونس عنه: أن المرتهن يأخذ مصابة الرَّاهن من الثمن من دَيْنِهِ إن بِيعَ بمثل الدَّين من دنانير أو دراهم.

ونقل الباجي عنه أنه قال في "العتبية": إذا بيع بعرض بمثل حقه، أو مخالف له، وضع له رهنًا، وليس له تعجيله بغير رضا المرتهن.

وقال الباجي: وَوَجْهُهُ أنَّ المماثلة لا تكَادُ تَصِحُّ في العَرْضِ، وقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة.

ولا يُقَالُ: لَعَلَّ لأشهب قولين: وقد نقل اللخمي عنه الإطلاق كالمصنف؛ لأن تقييد كلامه بعضه ببعض أولى من حمله على الخلاف.

الباجي: وقال أشهب أيضًا في "العتبية": إن بيع شيء من الطعام أو الإدام أو الشراب، بمثل ما له صفةً وجودةً، فأستحسن له تعجيله، وإن أبى صاحب الحق - الباجي: - وكذلك يقتضي أن يكون كل مكيل أو موزونٍ ونحوهما.

وكذلك قال سحنون في "المجموعة": إن بيع بمثل حقه فليعجل له.

سحنون - في موضع آخر -: إلا أن يكون حقه طعامًا من بيعٍ فيأبى أن يتعجله فذلك له.

(ص): وإذا اختلفا في الرهنية، فالقول قول الراهن

(ش): يعني: إذا قال صاحب الدَّين: كتابك هذا عندي - مثلا - رهنًا، وقال المالك: بل أعرته وأودعته لك، فالقول للراهن، وكذا في "المدونة"؛ لأن رب الدَّين مدع؛ لأنه أثبت للكتاب وصفًا زَائِدًا فعليه البينة، وكذلك أيضًا إذا كان بيده عبدان، فادَّعَى أنهما رهن، وقال ربهما: إنما رهنتك أحدهما، فالقول قوله، قاله في "المدونة":

وقوله: (قول الراهن): يريد على دعوى خصمه، وإلا فالفرضُ أنَّ الرَّهن لم يَثبُت.

وقيَّدَ اللَّخْمِيُّ المسألة بِمَا إذا لم تكن العادةُ تُصدِّقُ المرتهن، وأما إن صدَّقته، كالبياع يبيع الخبز وشبهه، فيدفع إليه الخاتم ونحوه، ويدَّعي الرهينة، فإن القول قوله: ولا يُقبل قولُ صاحبه أنَّه وديعةٌ.

(خ): وهو كلامٌ ظاهرٌ، قال في "المدونة": ولو كان نَمطًا وَجُبَّةً فهلك النَّمط، فقال المرتهن: النمط أودعتنيه، والجُبَّةُ رَهنٌ.

وقال الرَّاهن: النمط هو الرهن، والجبة هي الوديعة.

فكل واحد مدع على صاحبه، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن ما هلك، ولا يُصَدَّقُ المرتهن أن الجبة رهن، ويأخذها ربها.

يعني: ويحلفان.

(ص): والرَّهن كالشَّاهد في قدر الدَّين إلى مبلغ قيمته، ما لم يفت في ضمان الراهن

(ش): يعني: إذا اتَّفَقَا على الرَّهنية، واختلفا في مقدار الدَّين، فإن الرهن يكون كالشاهد إلى مبلغ قيمته، فيكون القول قول من ادَّعى أن الدَّين قدر قيمة الرهن. ابن عبد البر: واتُّفِقَ على ذلكَ.

وقال الحنفي وغيره: القول قول الرَّاهِنِ مطلقًا.

واستدلَّ القاضي إسماعيل للمذهب بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فجعل الرهن بدلا من الشهادة؛ لأن المرتهن أخذه وثيقةً لِحَقِّهِ، فكان كالشاهد يخبر عن مبلغ الدَّين، وما جاور قيمته فلا وثيقة فيه، فكان القول فيه قول الراهن.

وقوله: (ما لم يفت في ضمان الراهن)؛ يعني: أنه يشترط في كون الرهن شاهدًا أن يكون قائمًا، أو في معنى القائم، بأن يهلك في ضمان المرتهن، فإن قيمته تتنزل منزلته، وأما لو هلك في ضمان الرَّاهن، فلا يكون شاهدًا، والذي في ضمان الرَّاهن ما لا يُغَابُ عليه، أو ما ثبت هلاكه ببينة مِمَّا يُغَابُ عليه، كما تقدم، وهكذا نَصَّ في "الموازية" و"العتبية" على أن الرهن لا يكون شاهدًا إذا كان في ضمان الرَّاهن.

(خ): وينبغي إذا شهدت البينة على صفته أن يُقَوَّم، وتكون تلك القيمة أيضًا كالشَّاهد، وكذلك أيضًا إذا شهدت على قيمته، وإن كان في ضمان الرَّاهن، وإلى ذلك أشار عبد الوهاب، فإنه قال: العادةُ جاريةٌ أنَّ النَّاس يرهنون قدر ما يُسَاوِي قدر ديونهم، أو ما يُقَارِبُهَا.

اللخمي وغيره: فعلى قوله: يكون الرَّهن شَاهِدًا على الذمة، وإن هلك الرهن أو استحقَّ.

(ص): فيحلف المرتهن، ويأخذه إن لم يفتكه

(ش): يعني: فيحلف المرتهن وحده إن وافقت قيمة الرهن دعواه، وهذا هو المشهور.

وقل: لا بُدَّ من يمين الرَّاهن إذا طلبها المرتهن، ليسقط عن نفسه كلفة بيع الرهن في الدَّين؛ ولأن المرتهن يخشى من ظهور عيب بعد بيعه.

عياض: وهو الصحيح، وليسقط الطلب عن ذمته على القول بتعلقه بالذمة.

وقوله: (ويأخذه)؛ أي: إذا حلف المرتهن أخذ الرهن إن لم يفتكه الراهن بما حلف عليه المرتهن، فإن نكل المرتهن حلف الراهن، وغرم ما أقر به، ولا يلزم الراهن إذا حلف المرتهن أن يدفع ما حلف عليه؛ لأن الرهن إنما هو شاهدٌ على نفسه، وهذا هو المشهور.

وفي سماع ابن القاسم عن مالك أنه شاهد على الذمة، ويجبر الراهن على دفع ما ادَّعاه المرتهن ما بينه وبين قيمة الرهن، ولهذا قال المصنف أولا: (والرهن كالشاهد)، ولم يقل: والرهن شاهدٌ؛ لأنه ليس بشاهدٍ على الذِّمَّة، وإنما هو شاهدٌ على نفسه.

(ص): فإن زاد حلف الراهن ما لم ينقص عنها، فإن نقص حلفا، وأخذه إن لم يفتكه بقيمته، وقيل: بما حلف عليه

(ش): مثالُ ذلكَ: إذا قال الراهن: بعشرة، وقال المرتهنُ: بعشرين، فثلاث صور:

الأولى: أن يوافق المرتهن، بأن تكون قيمته عشرين.

والثانية: أن يوافق الراهن، بأن تكون قيمته عشرة.

والثالثة: أن لا يوافق واحدًا منهما، بأن تكون قيمته خمسة عشر، فأشار إلى الأولى بقوله أولا: فيحلف المرتهن ويأخذه إن لم يفتكه، وأشار إلى الثانية بقوله: (فإن زاد)؛ أي: المرتهن على قيمته بأن لم يُسَاوِ إلا عشرة حلف الراهن وحده، فإن نكل حلف المرتهن، وأخذ ما ادَّعاه.

وقوله: (ما لم ينقص عنها، فإن نقص)؛ أي: الراهن عن قيمته، يريدُ: مع كون المرتهن قد زاد حلفا؛ أي: الرَّاهنُ والمرتهن كلٌّ على دعواه.

عياضٌ: ولا خلاف في حلفهما، في هذه الصورة.

مالك في "الموطأ " وابن المواز: ويبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن كشاهد له على قيمته، فإن حلف فليحلف الآخر، فإن نكل لزمه كل ما ادَّعاه المرتهن.

وكذلك أيضًا لو نكل المرتهن وحلف الرَّاهن، لم يلزم الرَّاهن، إلا ما حلف عليه، وإن نكلا أو حلفا فعلى الرَّاهن قيمته إن أحبَّ.

وقيل: لا يكون له أخذه إلا بما حلف عليه المرتهن.

وإلى هذين القولين أشار بقوله: (وأخذه إن لم يفتكه بقيمته، وقيل: بما حلف عليه)، والقول بالقيمة لمالك في "الموطأ"، وهو قول ابن نافع وابن المواز.

ثم يُقالُ للراهن: إما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذي قلت إنك رهنته، ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن، فإن حلف بطل ذلك عنه، وإن لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن، والقول الثاني لابن القاسم في "العتبية".

قال في "الموطأ": ويحلف المرتهن على جميع ما ادَّعاه، وهو العشرون.

وقال محمدٌ: المرتهن يخير بين أن يحلف على دعواه، أو على قيمة الرهن.

وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه أنه لا يحلف إلا على خمسة عشر، كما لو ادَّعى عشرين، فشهد له شاهدٌ بخمسة عشر، فإنما يحلف على شهادة الشاهد.

وفرق الباجي وغيره بين الرهن والشاهد، بأن الرهن متعلق بجميع الدَّين، والشاهد

لا تعلُّق له بما لم يشهد، ألا ترى أن الرَّاهن لو أقرَّ بالعشرين، لكان الرهن رهنًا بجميعها، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر.

واعلم أن القول بتحليفه على العشرين أخص؛ لأنه إذا نكل الراهن لا يحتاج المرتهن إلى يمين أخرى، بخلاف من يقول: أنه يحلف على قيمة الرهن؛ لأنه يحتاج إذا نكل الراهن إلى يمينٍ أخرى يثبت بها ما زاد على القيمة.

تنبيه:

ما تقدم من أن الضمير في قوله: (فإن زاد)، عائدٌ على المرتهن هو الظاهر، بل المتعين هنا، وهو الذي قاله (ر).

وقال (ع): يعني: فإن زاد الذي أقر به الراهن على قيمة الرهن، كما لو كانت قيمته ثمانية، وأقر الراهن أن الدَّين عشرة، فيحلف الرَّاهن وحده، كما يحلف لو لم يكن رهن، لترد دعوى المرتهن.

وفيه نظر؛ لأن حمل الكلام على هذا لا يفيد، فإنه إذا كان القول قول الرَّاهن إذا ادَّعى قيمة الرهن، فمن باب أولى إذا ادَّعى أزيد من ذلك.

ثم المسألة في كلام المؤلف وغيره إنما هي على الوجه الذي ذكرناه.

(ص): **وفي شهادة ما بيد أمين، قولان**

(ش): القول بقبول شهادة ما بيد أمين لابن المواز، والآخر لأصبغ، أبو محمد: وقول محمد أصوب؛ لأنه إنما أخذه توثقةً بحقه، ولا فرق بين أن يكون تحت يد الأمين، أو يد المرتهن.

(ص): **فإن تلف المضمون، واختلفا في القيمة تواصفاه ثم قوم، فإن اختلفا فالقول قول المرتهن**

(ش): يعني: إذا تلف المضمون، وألزم المرتهن قيمته، فإن اختلفا في قيمته فإنهما يتواصفانه، ثم تقوم تلك الصفة، فإذا اختلفا فيها، فالقول قول المرتهن مع يمينه، وهكذا في "المدونة"[1].

وقيد المصنف المسألة بالمضمون؛ لأن غير المضمون لا قيمة فيه على المرتهن حتى يغرمها، وليس هو أيضًا شاهدًا على مقدار الدَّين كما تقدم.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٨٢، وشرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٢٠.

وقوله: (فإن اختلفا)؛ أي: في الصفة، فالقولُ قولُ المرتهن؛ لأنه غارم، وهذا مذهب "المدونة".

ابن المواز: ويقبل قول المرتهن في الصفة، وإن كانت قيمة ذلك يسيرةً، إلا في قول أشهب، فقال: إلا أن يتبين كذبه لِقِلَّةِ ما ذكر جِدًّا.

واختلف أيضًا لو لم يَدَّعِ المرتهن هلاك الرَّهنِ، لكن أَتَى بِرَهْنٍ يُسَاوِي عُشرَ الدَّين مَثلا، هل يكونُ الدَّينُ شاهدًا للرَّهن، إذا أنكر أن يكون هذا رهنه؟

كما كان الرهن شاهدًا للدَّين، والمشهور أنه لا يكون الدَّين هنا شاهدًا.

(ع): والأقرب: أنه لا فرق بين الصورتين.

فرع:

وأما إن جهل الرَّاهن والمرتهن قيمته وصفته، فالرَّهنُ بِمَا فِيهِ، وليس لأحدهما قبل الآخر شيء، وعلى ذلك حمل أصبغ الحديث: "الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ"، ولا خلاف عندنا في ذلك.

(ص): والمعتبر في القيمة عن ابن القاسم: يوم الحكم إن كان باقيًا، ويوم قبضه إن كان تالفًا، وعنه: أنَّ الرَّهن بقيمته يوم الضياع، وعنه: يوم الرهن، قال الباجي: فينبغي أن تعتبر تلك القيمة في مبلغ الدَّين

(ش): حاصل ما ذَكَرَهُ أَنَّهُ إن كان الرهن باقيًا اعتبرت قيمته يوم الحكم، وإن تلف فثلاثة أقوال لابن القاسم؛ أعني: هل يعتبر يوم الضياع؟ أو يوم القبض؟ أو يوم الرهن؟ على أنه قد اختلف في الروايتين الأخيرتين، هل هما وفاق أو خلاف[1]؟

وقوله: (وقال الباجي: فينبغي)، إنما قال الباجي في ذلك بلفظ: (يجب)، فقال: وعلى اعتبار قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة في مبلغ الدين.

والأقرب اعتبار القيمة يوم الرهن؛ لأن الناس إنما يرهنون ما يساوي ديونهم غالبًا.

(ع): وما حكاه المصنف عن الباجي هو نَصٌّ في "الموطأ"، ومعناه في "المدونة".

(ص): وإذا اختلفا في مقبوض، فقال الراهن: عن دين الرهن، وقال المرتهن: عن غيره، وُزِّعَ بعد أيمانهما على الجهتين، وقيل: القول قول المرتهن

(ش): ونحوه في "المدونة"، ونظيرها إذا كان له عليه دينٌ بحميل ودين بغيره،

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٥٨/٨، ومواهب الجليل: ٩٤/٧.

واختلفا في المقبوض، هل هو عَمَّا هو بحميل أم لا؟ - ابن رشد: والكلام فيهما واحد - .

ومذهب "المدونة": أنهما يتحالفان، ويُقسم المقبوض بينهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فالقول قول الحالف[1].

وحكى في "المدونة" في مسألة الحمالة عن غير ابن القاسم أنَّ القول قول المقتضي مع يمينه؛ لأنه مؤتمنٌ مُدَّعَى عليه.

وإلى هذا أشار بقوله: وقيل: (القول قول المرتهن).

(ر): وما حكاه من أن (القول قول المرتهن)، لا يُؤخذ على إطلاقه.

وحكاه في "الجواهر " عن أشهب مقيَّدًا، فقال - بعد أن ذكر أنهما يتحالفان ويقسم الثمن بينهما -: وقال أشهب: هذا إذا تقارًّا بالإبهام، وأما لو تَدَاعَيَا البيان، فالقول قول المرتهن، وكلام ابن يُونُس قريبٌ منه.

(ع): وهذا القول أقرب؛ لأن الدَّافع يطلب إخراج الرهن بمحض دعواه فعليه البيان.

وقال ابن كنانة في مسألة الحمالة: القول قول من عليه الدَّين، وكذلك حكى ابن رشد قولا في مسألة الرهن أنَّ القول قول الرَّاهن.

اللخمي: وهو القياسِ؛ لأنه متطوع، فكان القول قوله فيما يُقِرُّ بِهِ.

وقيد اللخمي ما في "المدونة" بما إذا حل الدَّينَانِ، أو لم يحلا، وكان أجلهما سواء أو متقاربًا، وإن حلَّ أحدهما، فالقول قول من ادَّعى الحال، وكذلك إذا تباين الأجلان فالقول قول من ادَّعى أقربهما أجلا مع يمينه.

بعض القرويين: وإنما تصح القسمة إذا كانت المائتان حالتين، فأما إن كانتا مُؤَجَّلَتَيْن، فالقولُ قولُ الدَّافع للمائة؛ لأنه يقول: إنما قصدت تعجيل المائة؛ لأخذ الرهن، فيكون القول قوله:

(ص): وإذا اختلف الأمين والمرتهن، فقال: بِعتُها بمائة وسلَّمتُها لك، وأنكر المرتهن، غرم الأمين له ما أنكره.....[2]

---

(١) انظر: المدونة: ٣/٦٥٠، وشرح ميارة: ٢/٢٢٨.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٨٠.

(ش): قال في "المدونة": وإن قال المأمور: بعت الرهن بمائة وأقبضها للمرتهن، وقال المرتهن: ما أخذت منه شيئًا صدق المرتهن، وكذلك يصدق المرتهن، إذا قال: إنما أعطاني خمسين، وقال المأمورُ: بل مائة.

ولأجل تصديق المرتهن في المسألتين قال المصنف: (غرم الأمين له ما أنكره)؛ أي: ما أنكر المرتهن؛ يعني: للمرتهن بعد يمينه، وهذا مقيد بما إذا كان المأمور مأمورًا من الراهن.

ابن يونس: ولو كان المرتهن هو الذي أمره بيعه لصدق المأمور مع يمينه في دفعه إلى المرتهن؛ لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن إلى الآمر.

كتاب التفليس

(ص): (التفليس، وإذا التمس الغرماء أو بعضهم الحجر على من ينقص ماله عن دينه الحال، حجر عليه)

(ش): (التفليس): مصدر فلس[1].

عياض: وأصله من الفلوس؛ أي صار صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة[2].

وفي "الجوهري " يقال: أفلس الرجل؛ أي: صار مفلسًا، أي كأنما صارت دراهمه فلوسًا، كما يُقَالُ: أخبث، إذا صارت أصحابه خبثاء، وأقطف إذ صارت دابته قطوفًا، ويجوز أن يراد به: أنه صار إلى حال ليس معه فلس؛ كأقهر الرجل، إذا صار إلى حال يقهر عليها[3].

وقوله: (التمس الغرماء) إلى آخره، يعني للقاضي الحجر على المديان بثلاثة شروط، أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء:

الأول: أن يطلب الغرماء أو أحد منهم ذلك، وهو معنى قوله: (التمس الغرماء أو بعضهم)[4].

وفهم من كلامه أن لبعض الغرماء - إذا قام - تفليسه وإن كره غيره، وهو صحيح.

محمد: إلا أن يغرمه الغرماء في المال الموجود، أو يدفعوا له دينه من أموالهم.

الثاني: أن يكون مال المديان ناقصًا عن دينه[5].

الثالث: أن يكون الدَّين حالا، أو مؤجلا حل؛ فلا حجر بمؤجل، نعم يحل بالحجر كما سيأتي.

---

(١) قال ابن منظور: الفَلْس معروف، والجمع في القلة أَفْلُس، وفُلُوس في الكثير، وبائعُه فَلاس، وأَفْلَس الرجل صار ذا فُلُوس بعد أَن كان ذَا دراهِم، يُفْلس إِفلاساً صار مُفْلِساً، كأَنما صارت دراهِمه فُلُوساً وزُيوفاً. انظر: لسان العرب: ٦/١٦٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٦، والتلقين: ٢/١٦٧.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٦، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٦.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢١، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٥.

(٥) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢٠٩، والفواكه الدواني: ١/٨٥.

وذكروا هنا صورًا:

الأولى: أن يكون له وفاء بدينه الحال والمؤجل، فهذا لا يفلس.

الثانية: أن ينقص ما بيده عن دينه الحال، فلا إشكال أنه يفلس[١].

الثالثة: أن يكون بيده مقدار الحال فقط، فللقرويين في تفليسه قولان.

الرابعة: أن يكون بيده مقدار دينه الحال، ويفضل عن ذلك فضله، إلا أنها لا تفي بذلك المؤجل الذي عليه، فذكر اللخمي أن المعروف أنه يفلس، وفي "الموازية" أنه لا يفلس، قال: وليس يحسن[٢].

وقيد اللخمي ما في "الموازية" بأن تبقى بيده فضلة يعامله الناس عليها، ويتاجره الناس بسببها، ويرجى من تنميته لها ما يقضي به الديون المؤجلة.

وإذا كان المعروف في هذه المسألة أن يفلس، فتفليسه إذا لم يكن بيده إلا مقدار الحال أولى، وهو خلاف كلام المصنف؛ إذ مفهوم كلامه: أنه لو بقي بيده مقدار الحال فقط لم يفلس[٣].

اللخمي: وإن كان ما بيده كفافًا لمعجَّل دينه وله مؤجل مثل المؤجل الذي عليه في العدد والأجل على موسر، أو كان محل دينه أبعد أجلا وهو أكثر عددًا، أو إن بيع الآن أو عند حلول ما عليه وفَّى بالدَّين لم يفلس[٤].

وكذلك إذا كان أجل دينه قبل وهو أقل، ويرجى بعد قبضه وتجره به أن يوفي بما عليه.

تنبيه:

أخذ من قول المصنف: (التماس الغرماء)، أنه لا يكون للقاضي ذلك إلا بطلبهم، وأنه لو أراد الغريم تفليس نفسه لم يكن له ذلك. وقد اختلف الشافعية هل له ذلك، أم لا[٥]؟

والأصل في هذا الباب ما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام: "حَجَرَ عَلَى

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٢، وإرشاد السالك: ١/١٦٣.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٢، والكافي: ١/٤١٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٨٨، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٤٧.

(٤) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٤، ومنح الجليل: ٦/٣.

(٥) انظر: الذخيرة: ٨/١٥٧، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥١.

مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ وَقَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ"[١].

وفعل ذلك عمرو بن الخطاب برجل كان يشتري الرواحل، ويسبق الحجاج، وقال: "مَنْ كَانَ لَهُ عِنْدَهُ شَيْءٌ فَلْيَأْتِنَا بِالغَدَاةِ نَقْسِمْ مَالَهُ، وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ؛ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرَبٌ".

(ص): (ولا حجر بالدَّين المؤجل ولكن يحل بالحجر)

(ش): يعني شرط الدَّين الذي يحجر به: أن يكون حالا، فإن كان دينه مؤجلا كله، أو حل بعضه ولكن ما بيده أكثر مِمَّا حَلَّ عليه، لم يحجر عليه[٢].

اللخمي: وسواء كان يوجد عنده حلول الأجل شيء أم لا إلا أن تتغير حالته، ويظهر منه إتلاف، ويخشى ألا يوجد عنده عند الأجل شيء، فيحجر عليه، ويحل دينه، إلا أن يضمن، أو يوجد ثقة يتجر له[٣].

وقوله: (ولكن يحل بالحجر)، يعن إذا حجر عليه بسبب الدَّين الحال، فإن المؤجل يحل كما يحل بالموت، لخراب الذمة في المسألتين.

فرع:

لو قال بعض الغرماء: لا أريد حلول عروضي، وقال المفلس: بل حكم الشرع بحلول ما علي ولا أؤخرها، فالقول للمفلس، ويجبر المستحق على أخذها، قاله في "الموازية" و"العتبية"، واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كان لحق رب السلعة؛ فينبغي أن يكون القول قوله في التأخير[٤].

وإلى حلول الدَّين بالموت أشار بقوله:

(ص): (والموت كالفلس)

(ش): هذا هو المشهور.

وذهب السيوري إلى أن المؤجل لا يحل بالموت[٥].

وأجري على قوله: (الفلس) وجه المشهور أنه لو لم يحل الموت لزم، إما تمكين

---

(١) أخرجه الحاكم: ٥٨/٢، و١٠١/٤، من حديث كعب بن مالك، وقال: صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٦/٣.

(٣) انظر: المدونة: ٧٦/٤، والتلقين: ١٦٧/٢.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢١٦/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٦/٢.

(٥) انظر: الثمر الداني: ٦٢١/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

الورثة من قسمة التركة، وإما عدم تمكينهم، والأول باطل؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، والثاني كذلك؛ لما يلحق الجميع بسبب وقف التركة من غير فائدة.

فرع:

ولو قال الورثة: نحن نأتي بحميل مليء، ونؤدي عند الأجل، ومكِّنُونا من قسم التركة كلها، لم يكن لهم ذلك، قاله ابن نافع في "المبسوط".

فرع:

ويدخل في قوله يحل بالفلس دين الأكرية، وهو الذي أخذ من "المدونة" من قوله: وإذا فُلِّس المكتري فصاحب الدَّابة أولى بالمتاع من الغرماء؛ فإنه يقتضي تَعْجِيلُ حَقِّهِ[1].

ولا يصح أن يُبَاع للغرماء منافع دابَّةٍ بالنقد يأخذونه، ويبقى هو مطالبًا بالكراء.

ومن قوله فيها أيضًا: إذا اكترى أرضًا فزرعها ثم فلس، أنه يحاص الغرماء بالكراء[2].

المازري: وذكر في بعض أشياخي أن عبد الوهاب نَصَّ عليه في "شرح الرسالة"، وكذلك ذكر لي عن " المبسوط"، ولم أقف على هذا النقل في هذين الكتابين، ولكن عندي أن المسألة كالمنصوص فيها على قولين؛ لأنه اختلف في من أكرى داره خمس سنين، وقبض كراءها، ومر عليه حول، هل يزكي الجميع، أو العام الأول فقط[3]؟

وفي "المقدمات": إن اكترى الرجل دارًا بالنقد، أو كان العرف فيه النقد، ففلس المكتري قبل أن يقبض الدار، أو بعد أن قبض، وسكن بعد السكنى، فأوجب ابن القاسم في "المدونة" للمكري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى، إذا شاء أن يسلمه. وله مثل ذلك في "العتبية"[4].

وعلى قياس هذا: إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكتري أن يسلمها، ويحاص بجميع كرائه، وهذا إنما يصح على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضًا لجميع الكراء، وأما ابن القاسم فالقياس على أصله أن يحاص الغرماء بما مضى،

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٠٩/١، والفواكه الدواني: ٨٥/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٢/٥، وإرشاد السالك: ١٦٣/١.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٢/٢، والكافي: ٤١٧/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٨٨/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٧/٢.

ويأخذ داره، ولا يكون له أن يسلمها، ويحاص الغرماء بجميع الكراء.

ولو لم يشترط في الكراء النقد، ولا كان العرف فيه النقد؛ لوجب - على المذهب المتقدم - إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة؛ فكلما سكن شيئًا أخذ بقدره من ذلك.

(ص): **(والبعيد الغيبة؛ لا يعرف تقدم ملائته، يُفَلَّس، وقال أشهب: ولو كان عُرِفَ)**

(ش): يعني أن الغريم إذا كان بعيد الغيبة، إن لم يعرف له تقدم ملاء، فإنه يفلس، فإن عرف ذلك، فالمشهور أنه لا يفلس، خلافًا لأشهب، وقد نقل ابن يونس وغيره قول أشهب كما نقله المصنف.

وقول (ع): - إن في نقل المصنف له نقصًا؛ لأنه لا يُؤخذ منه أنه يحكم بفلسه، ولو عرف ملاؤه -، ليس بظاهر[1].

وقال أصبغ: بالمشهور استحسانًا، والقياس عنده قول أشهب.

أصبغ: ويكتب بتفليسه حيث هو؛ ليستتم عليه ذلك بالموضع الذي هو فيه.

ابن يونس: وفي قول أصبغ نظر؛ لأن أشهب إنما فلَّسه - وإن كان مليئًا - في غيبته؛ لإمكان تلف المال، فإذا وُصل إليه فكيف يحل المؤجل عليه وهو مليء؟! انتهى.

وأجيب: بأن أصبغ رءاه حكمًا مضى فلا يرتفع[2].

فرع مرتب على المشهور:

فإن فلس ثم قدم مليئًا، فلا شك في أخذ من قد حل دينه، وأما من لم يحل دينه فاختلف: هل يأخذ أيضا حقه؛ لأنه حكم مضى؟ وهو ظاهر قول أصبغ، أو لا يأخذه إلا بعد أجله؟ لأن الغيب قد كشف خلاف ما قُضي به؛ فصار كحكم تبيَّن خطؤه، وهو اختيار بعض المحققين[3].

وقال (ع): الأول أقرب؛ لأن الحاكم حين قضى بالمحاصة كان مجوزًا لما قد ظهر، وأيضًا فهو حكمٌ واحدٌ، وقد وقع الاتِّفاق على أنَّ من قبض شيئًا من دينه المؤجل، لا يرد ذلك؛ فكذلك ما بقي.

أمَّا لو حضر الغريم وغاب المال؛ فإن ذلك يُوجب تفليس الغريم، إذا كانت غيبة المال بعيدة.

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٥٧/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥١/٣.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٤/٦، ومنح الجليل: ٣/٦.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٦/٣.

وفهم من قول المصنف: (والبعيد)، أنه لو كان قريبًا لم يفلس، بل يكشف عن حاله، وهكذا في "العتبية" و"الواضحة " لابن القاسم[1].

وحدُّ القريب فيهما بالأيام اليسيرة قال في "البيان " ولا خلاف في ذلك.

قال: وخلاف ابن القاسم وأشهب إنما هو عندي فيما إذا كان على مسيرة العشرة أيام ونحوها، وأما إن كان على مسيرة الشهر ونحوه، فلا خلاف في وجوب تفليسه، وإن عُلم ملاؤه[2].

فرع:

وهل يُستأنى ببيع عروض الغائب؛ خشية أن يكون عليه دين آخر؟

أما البعيد الغيبة، فلا خلاف في الاستئناء في حقه، وأما القريب فلمالك في رواية ابن وهب في بعض روايات "المدونة": إنه لا يستأنى به؛ لأن له ذمة، وقال ابن القاسم: يُستأنى به كالميت[3].

(ص): **(ولو مكَّنهم الغريم من ماله، فباعوه واقتسموه، ثم داين آخرين، فليس للأولين الدخول فيه، إلا أن يكون فيه فضل ربح؛ كتفليس السلطان)**

(ش): يعني إذا اتفق الغريم وأرباب الديون على أخذ ما في يد الغريم والتحاصص فيه، وفعلوا ذلك من غير رفع إلى الحاكم، ثم تداين هذا الغريم من قوم آخرين، فليس للأولين أن يدخلوا في أثمان ما أخذه من الآخرين، إلا أن يفضل عن دين الآخرين فضل[4].

وقوله: (كتفليس السلطان) ، تشبيه؛ لإفادة الحكم؛ لأنه لم يتقدم له هذا الحكم في تفليس السلطان، وهو ظاهر التصور.

(ص): **(وللحجر أربعة أحكام: الأول: منع التصرف في المال الموجود)**

ش: (ال) في: (الحجر)، للعهد؛ أي لحجر المفلس أربعة أحكام:

الأول: منع التصرف في المال الموجود؛ احترازًا مِمَّا إذا لم يوجد؛ فإنه لا يمنع، كالتزامه عطيَة شيءٍ إن ملكه، اللهم إلا أن يملكه ودينهم باقٍ؛ فلهم حينئذٍ المنع.

ومراد المصنف بالمنع من التصرف هو التصرف الخاص، وهو التبرع؛ لقوله بعد

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢١/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢١٦/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٦/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٧٦/٤، والتلقين: ١٦٧/٢.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ٢٠٩/١، والفواكه الدواني: ٨٥/١.

هذا: (وفي معاملته)[1].

لكن إن أراد هذا دخل عليه النكاح؛ فإنه ممنوع من التزويج في المال الذي فلس فيه، قاله في "المدونة" قال: وله أن يتزوج فيما أفاد بعده.

(ع): وظاهرها وظاهر "العتبية" أن له أن يتزوج قبل التفليس[2].

ابن رشد: هذا إذا تزوج من يشبه حاله، وأصدقها مثل صداقها، ولو كان أكثر لكان غرماؤه أولى، وترجع هي به عليه[3].

واختلف: هل يقام المفلس من السوق؛ لئلا يغتر الناس بالبيع منه؟ فقال مالك في "الموازية" ـ فيمن تعمد إتلاف أموال الناس -: يقام من السوق، كما قال في السفيه إذا حجر عليه، وقال مطرف وابن الماجشون، في "الواضحة": والمفلس لا يقام للناس.

اللخمي: وهذا أحسن فيمن لم يتعمد إتلاف ذلك.

فرعان:

الأول: اختلف في الكتابة، فقيل: من ناحية العتق فترد.

وقيل: من ناحية البيع فتمضي[4].

اللخمي: وأرى أن ينظر في قيمته مكاتبًا، فإن كانت كقيمته رقيقًا مضت مطلقًا، إلا أن يتعذر بيع المكاتب، وكذلك إن كانت قيمته مكاتبًا أبخس، إلا أنها توفي بالدَّين، وإن كانت لا تفي رُدَّت، إن كانت بعد الحجر أو قبل، وكان البخس لتخفيف في الكتابة لما يرجو من الولاء، لا إن كانت قبله في حسن النظر لكثرة النجوم، كمن باع سلعة بثمن إلى أجل، وكان بيع ذلك الدَّين لا يوفي الثمن لو بيعت على النقد، فإنه لا يرد. انتهى.

وهذا إنما يأتي إذا أجرينا الكتابة مجرى البيع.

الثاني، قال في "المدونة": ورهن من أحاط الدَّين بماله وبيعه وقضاؤه جائزٌ ما لم يفلس، وقد كان مالك يقول: إذا تَبَيَّن فلسه فليس له ذلك، ويدخل الغرماء معه فيه. وليس بشيء، وعلى الأول جماعة الناس[5].

وحكى في "المقدمات " ثالثًا: بجواز قضائه لبعض غرمائه ، دون رهنه. أما لو

---

(١) انظر: المدونة: ٧٦/٤، والتلقين: ١٦٧/٢.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢١٠/١، والفواكه الدواني: ٨٥/١ وما بعدها.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٣٢/٥، وإرشاد السالك: ١٦٣/١.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢١٦/١، و٧٥/٢، وشرح مختصر خليل: ٣٩٦/٢.

(٥) انظر: القوانين الفقهية: ٢٠٩/١، والفواكه الدواني: ٨٥/١.

قضى جميع ما بيده لأحد غرمائه، فأشار السيوري إلى أن ذلك لا يختلف في رده، وأفتى بذلك.

وإنما اختلف إذا قضى البعض[١].

وقال بعض القرويين: إنه يتفق على رده إذا عجَّله لبعضهم قبل أجله.

(ص): **(وفي معاملته، ثالثهما: بالنقد لا بالنسيئة، ورابعهما: بما يبقى لا بما يذهب)**

(ش): تصوره ظاهر. والذي اقتصر عليه اللخمي والمازري وابن شاس: أن بيعه وشراءه لا يمضي[٢].

وفي "الجلاب": إن بيع المفلس وابتياعه جائز، ما لم يحاب.

ولم أقف على غير هذين القولين، على أن بعض من تكلم على الجلاب أوّله: بأن مراده من ظهر عليه الفلس قبل أن يحجر الحاكم عليه. قال: وأما إن حجر عليه فلا يجوز تصرفه ألبتة. ولا خلاف في جواز بيعه إذا لم يحجر عليه، بشرط ألا يحابي. قاله في "المقدمات".

(ع): ولست على وثوق من نسبة هذه الأقوال للمذهب، بل رأيت من الحفاظ من ينكرها، والأول منها هو المعروف في المذهب، ولو صح بيعه وشراؤه لما كان للحجر عليه كبير فائدة[٣].

وإنما حُكيت هذه الأقول في مستغرق الذمة بالحرم والمغصوب - على القول بأن حكمه حكم من أحاط الدَّين بماله، لا حكم المفلس -، وهو الأظهر. ومنهم من رأى أن حكمه حكم المفلس؛ فمنع من معاملته مطلقًا. هكذا حرره بعض المحررين من الشيوخ[٤].

(ص): **(ويمضي عِتْقُ أُمِّ وَلَدِهِ، وَرَدَّهُ المغيرة)**

(ش): أمضاه ابن القاسم في الكتاب، ورده المغيرة، وقال: ليس هو كطلاقه لزوجته، بل هي كرقيقة؛ لارتفاقه بها، ومنشأ الخلاف: هل هي كالزوجة؟ لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، أو كالأمة؟ لأن فيها شائبة من الرق، ولأن أرش جنايتها للسيد.

وفهم من قوله: (يمضي عتق أم ولده)، أنه لا ينبغي للمفلس أن يقدم على ذلك

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢١/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧، وما بعدها.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٢/٥، وإرشاد السالك: ١٦٣/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠٤/٦، ومنح الجليل: ٣/٦.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٨٨/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٧/٢.

ابتداءً، وهذا مُقَيَّدٌ بأم الولد التي قبل الحجر، وأما لو أولدها بعده فيرد عتقها؛ لأنها تباع إذا وضعت دون ولدها[١].

(ص): (**وفي إتباعها مالها - إذا لم يكن يسيرًا - قولان**)

(**ش**): يعني إذا فرعنا على المشهور من إمضاء العتق، فإن لم يستسن السيد مالها فلمالك في "الموازية": يتبعها؛ لأن السيد باعتبارها غير مفلس، وقال ابن القاسم: لا يتبعها، إلا أن يكون يسيرًا؛ لأن الغرماء إنما لم يكن لهم ردها؛ لأنهم لا منفعة لهم فيها بخلاف مالها[٢].

(ص): (**وتصرفه شَارِطًا: أن يقضي من غير ما حجر عليه فيه صحيح**)

(**ش**): يعني إذا اشترى شيئًا على أن يقضي ثمنه من غير ما حجر عليه فيه، بل مِمَّا يطرأ، جاز؛ إذ ليس فيه إتلاف علا الغرماء.

(خ): وانظر في هذا؛ فإن فيه البيع لأجل مجهول، وقابله بما قالوه: إنه لو تزوجها إلى ميسرته، إنه لا يجوز. وقد تقدم أن شيخنا رحمه الله أخذ من هذا أنه لا يجوز أن يشتري سلعة بشرط أن يدفع ثمنها إذا فتح الله، فانظر ذلك.

(ص): (**وكذلك طلاقه، وخلعه، واستيفاء القصاص، وعفوه**)

(**ش**): يعني وكذلك تصح تصرفاته غير المالية، كطلاقة، وأحرى خلعه لأخذه فيه مالا، وذلك أنفع للغرماء.

وله أن يستوفي القصاص الذي وجب له، إما بسبب جناية عليه أو على وليه، وله أن يعفو عن الجاني، ولا إشكال في هذا على قول ابن القاسم، الذي يرى أن موجب العمد قودٌ كلُّه.

وأما على قول أشهب الذي يرى أنَّ الواجب الخيار للولي بين القصاص والدية، فقد غمزه بعضهم[٣].

ولا أظهر أنه لا إشكال فيه على قاعدة المذهب؛ لقولهم: إنه لا يجبر على انتزاع مال أم ولده ومدبرته[٤].

ووقع في بعض النسخ عوض: (عفوه، وغيره)؛ فيعني به كاستلحاق النسب

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٢/٢، والكافي: ٤١٧/١.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٧/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥١/٣.

(٣) انظر: المدونة: ٧٧/٤، والتلقين: ١٦٨/٢.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٦/٣.

واللعان، والله أعلم[١].

(ص): (ويقبل إقراره في المجلس أو عن قرب)

(ش): يعني أن إقرار الغريم إما بدين في ذمته أو بمعين.

وبدأ بالدين، وذكر أنه يقبل إقراره في مجلس التفليس أو بالقرب منه، ولا يقبل مع البعد؛ للتهمة، وقيل: في المجلس وقربه؛ لأنَّ الغالب في حق من يُعَامِل الناس أنه لا يستحضر جميع ما عليه، إلا أن يتفكر[٢].

(ع): وظاهر كلامه أنه يقبل في المجلس وبالقرب منه؛ سواء كان الدَّين الذي فلس به ثبت ببينة أو بإقرار، وهو اختيار بعض الشيوخ، والظاهر عندي؛ لأن الغالب عدم استحضاره لجميع الدَّين في وقتٍ واحدٍ. لكن الذي نَصَّ عليه محمد وحملوا عليه "المدونة": أنَّ هذا خاص بما إذا ثبت الدَّين بإقراره. وإن كان ببينة فإنه لا يقبل وإن كان في المجلس.

ولمالك في "الموازية" قول ثالث: إن من أقرَّ له المفلس، إن كان يعلم منه إليه تعاط ومداينة وخلطة، حلف المقر له، ودخل في الحصاص مع من له بينة، وزاد بعضهم رابعًا: إنه يقبل ما لم يحز عنه المال؛ لأنه حينئذٍ كالرهن للغرماء.

وفهم من كلام المصنف أنه إذا أقر قبل التفليس أنه يقبل؛ لأنه إذا قبل في مجلس التفليس فأحرى قبله[٣].

قال في "المقدمات": ولا خلاف في ذلك، إن كان المقر له لا يتهم عليه، وفي المتهم عليه خلاف، وكذلك حكى اللخمي، وقال: عدم الجواز أحسن.

(ر): ونزلت عندنا بقفصة، وكتب فيها قاضي الجماعة بما اختاره اللخمي من البطلان[٤].

(خ): وفي الاتفاق - الذي حكاه في "المقدمات " - نظر؛ فقد حكى المازري وغيره: أنه وقع لابن نافع في "المبسوط " أنه لا يجوز إقرار من تبين فلسه، وإن لم يضرب على يديه[٥].

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٢، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٥.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٣، والكافي: ١/٤١٨.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٣، وإرشاد السالك: ١/١٦٤.

ابن رشد: وحد التفليس الذي يمنع قبولَ إقراره: أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه، أو يقوموا فيستتر عنهم فلا يجدوه.

وذكر غيره أنه اختلف بماذا يكون مفلسًا؟

فقيل: بالمشاورة فيه، وقيل: إذا رفعوه للقاضي، وقيل: يجعله في السجن[١].

(ص): **(ثم لا يقبل إلا ببينة، ويكون في ذمته)**

(ش): أتى بـ (ثم) المقتضية للتراخي؛ يعني: وإن لم يقر في المجلس ولا بقربه، بل بعد ذلك، لم يقبل إقراره إلا أن تشهد بينة بصحته، وإذا لم يقبل بقي ما أقر به في ذمته.

فإن أفاد بعد ذلك مالا دخل فيه هذا المقر له؛ لأن التهمة إنما كانت في المال الأول.

قال في "المقدمات": وأما لو ادَّان قومًا آخرين، ثم فلث ثانيًا، فلا دخول للمقر له أولا معهم؛ لأن حقه على قوله فيما كان أخذه الأولون، فإن فضل عن الآخرين دخل مع الأولين[٢].

واختلف إذا كان إقراره أولا صحيحًا، ولم يرض المقر له بتفليسه، ولا دخل في المحاصة، فقال محمد: له أن يدخل مع الآخرين، وقال مطرف في "الواضحة": لا يدخل معهم.

اللخمي: وإذا كان غائبًا حين فلسة، ثم قَدِمَ، كان له أن يدخل مع الأولين فيحاصصهم[٣].

ويختلف؛ إن أحب أن يدخل مع الآخرين، فعلى قول محمد: له ذلك، وقال ابن القاسم في كتاب السرقة: لا يدخل معهم. وهو موافق لقول مطرف، وهو أحسن؛ لأن هذه الأموال للآخرين لا شركة للأولين فيها[٤].

واختلف؛ إذا أبقى أحد الأولين في يده نصيبًا من المحاصة، فعلى قول ابن القاسم: يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمداينة حادثة، وفي "الواضحة": يضرب بأصل دينه[٥].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٨٩/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٨/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٥/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣.

(٤) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٤/٦، وما بعدها.

(٥) انظر: المدونة: ٧٧/٤، والتلقين: ١٦٨/٢.

(ص): (**فإن قال: قراض، أو وديعة، وعلى أصله بينة؛ فقال ابن القاسم: يقبل، وقال أشهب: بالتعيين. وقال أصبغ: وإن لم تكن بَيِّنَةٌ إذا عَيَّنَهُ وكان لِمَنْ لا يُتَّهَمُ عليه**)

(**ش**): يعني وإن أقر بشيءٍ مُعَيَّنٍ في يَدِهِ في المجلس أو قربه، وقال: هو قراض لفلان أو وديعة، فقبل ابن القاسم ذلك منه، إذا شهدت بينة على أصل القراض أو الوديعة، واشترط أشهب مع ذلك أن تشهد البينة على تعين ذلك أنه له، هكذا نقل غير واحدٍ قول أشهب، واكتفى أصبغ بتعين المقر وإن لم تكن بينة، إذا كان إقراره لمن لا يتهم عليه[١].

وحكى في "البيان " فيما إذا قال: هذا قرض فلان أو وديعة فلان ثلاثة أقوال:

الأول: لمالك - في سماع عيسى - أنه جائز مع يمين المقر له.

والثاني: لابن القاسم في "العتبية"، وآخر الوصايا الثاني من "المدونة": إن إقراره لا يجوز.

والثالث: الفرق؛ فإن كان على أصله بينة صُدِّق أن هذا هو ذلك المال، وإن لم يكن على أصله بينة لم يصدق. رواه أبو زيد عن ابن القاسم[٢].

قال: وقيل: إن رواية أبي زيد عن ابن القاسم مفسرة للقولين.

(ع): وما حكاه عن كتاب الوصايا الثاني ليس نصًا في تعين المقر به، بل ظاهره عدم التعيين، وهذا نص " التهذيب"[٣].

وإن أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله، وعلى الولد دَيْنٌ يغترق مورثه، وأنكر غرماؤه الوصية، فإقراره قبل القيام عليه بالدَّين جائز، ولا يجوز إقراره بعد القيام عليه[٤].

وكذلك إقراره بدين على أبيه أو وديعة عند أبيه، فإقراره بعد قيام غرماء المقر عليه لا يقبل إلا ببينة، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز.

لكن في آخر كتاب القراض وكتاب الوديعة ذكر التعيين في إقرار المريض بالقراض والوديعة. انتهى[٥].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٣، وإرشاد السالك: ١/١٦٤.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٢، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٥.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٣، والكافي: ١/٤١٨.

وحكى المازري وغيره هذه الثلاثة الأقوال التي حكها ابن رشد في الوديعة في الصانع أيضًا، إذا عين شيئًا لأحد.

وفي اللخمي: إذا ثبت البيع والإيداع، ثم قال بعد التفليس: هذا الثوب الذي اشتريته والوديعة التي قبضت، فقيل: لا يقبل إقراره، وقيل: يقبل. وقيل: لا يقبل في البيع، ويقبل في الوديعة والإيضاع والقراض.

والقبول في الجميع أحسن؛ لأن الأصل وجود هذه الأشياء عنده حتى يعلم أنه تصرف فيها.

ابن يونس: ولم يختلف في المريض يقول: هذا قراض فلان أو وديعته أنه يقبل إقراره، إن كان لمن لا يتهم عليه، وإن لم يكن على أصل ذلك بينة؛ أي لأن الحجر على المريض أضعف من الحجر على المفلس؛ لأن للمريض أن يشتري ما يحتاجه؛ بخلاف المفلس[1].

(ص): **(والمال المتجدد يحتاج إلى حجرٍ ثانٍ)**

(ش): يعني أنَّ ما استفاده بعد الحجر عليه، أو نشأ له عن معاملة قوم آخرين، فإن له التصرف فيه، حتى يحجر عليه حجرًا آخر[2].

(ص): **(وأجرة الحمال والكيال ونحوه من مصلحة الحجر، تقدم)**

(ش): نحوه في "الجواهر".

يعني أن أجرة من يحمل سلع المفلس إلى السوق مثلا، وأجرة من يكيل الطعام أو يزنه، تقدم على الديون؛ لأنه لولا ذلك لما أمكن الغرماء الوصول إلى الأثمان.

وقوله: (الحمال) في بعض النسخ بالحاء المهملة، وفي بعضها بالجيم، والأول أعم[3].

(ص): **ويحلف المفلس مع شاهده، فإن نكل فللغرماء أن يحلفوا**

(ش): إذا قام للمفلس شاهد واحد بالدين، فإن حلف استحقه، وقسم بين غرمائه، وإن نكل فللغرماء أن يحلوا محله في اليمين.

ابن حبيب: بعد التفليس، أما قبله فلا.

وهذا يؤخذ من كلام المصنف؛ لأن التفليس - حقيقة - إنما يطلق بعد الحجر.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٥، ومنح الجليل: ٦/٤، و٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٨٩، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٤٨.

(٣) انظر: الذخيرة: ٨/١٥٨، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٢.

وكان القياس أن لا يمكَّن من التحليف؛ لأن حقه إنما يثبت في ماله إذا ثبت أنه ماله، لكنهم اتهمو الغريم أن يكون قصد بنكوله إخراج المال عن الغرماء، ولا سيما وقد اختلف، إذا أخذ الحق بشاهدٍ ويمينٍ؛ هل هو منسوبٌ إلى الشاهد فقط - واليمين كالاستظهار - أو اليمين كشاهدٍ ثاني؟

ويظهر أثر الخلاف إذا رجع الشاهد، هل يغرم الحق كله أو نصفه؟ وإذا تعارضت البيانات، فأقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهدًا ويمينه، وشاهده أعدل من الشاهدين، هل تكون شهادته مقدمةً أم لا[(١)]؟

مطرف وابن الماجشون: ويحلف كل واحد من الغرماء على جميع الحق المشهود به، لا على نصيبه؛ لأن كلا منهم قائمٌ مقام المفلس، فإن حلفوا جميعًا استحقوا وتحاصصوا، وإن نكلوا لم يستحقوا شيئًا وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم استحق من حلف[(٢)].

ابن القاسم في رواية عيسى وابن الماجشون: قدر نصيبه فقط، كما لو حلف الجميع، وقال محمد بن عبد الحكم: جميع حقه[(٣)].

لكن إنما نقل عنه هذا في مسألة الورثة؛ يقوم للميت شاهد وعليه دين، والباب واحد[(٤)].

بعض القرويين: وينبغي إذا نكل بعض الغرماء - ولا فضل في الدَّين - أن يحلف الغريم، ويسقط عنه حق من نكل، وليس لأصحابه أن يأخذوا ما نكل عنه هذا، كما ليس للورثة.

ولو رجع بعض الغرماء بعد نكوله فأراد أن يحلف، فقال مطرف: لا يقبل؛ كما لو نكل عن حق نفسه؛ لأنه يعلم أولا صحته وبطلانه.

(ص): **(ولا يمنع من السفر بالدَّين المُؤَجَّل، إلا أن يَحلَّ في غيبته، فيوكل من يوفيه)**

(ش): الباء الداخله على (الدين)، للسببية.

قوله: (ولا يمنع)، زاد في "الجوهر": ولا يطلبه بكفيل أو بالأشهاد.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.
(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٧، والتلقين: ٢/١٦٨.
(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٧.
(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٢، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٥.

وفي السلم الثالث من "المدونة": ولك منع غريمك من بعيد السفر الذي يحل دينك قبل قدومه، ولا يمنع من قريبه الذي يؤوب فيه قبل محل أجل دينك.

ابن القاسم في رواية عيسى: وعليه أن يحلف أنه لم يرد الفرار من الحق الذي عليه، وأنه ينوي الرجوع عند الأجل ليقضي ما عليه.

ابن يونس: وقال بعض أصحابنا: إنما تكون اليمين على المتهم.

وقوله: (فيوكل من يوفيه)، هو تقيد " للمدونة " في السفر البعيد، وهو ظاهر في المعنى[١].

وإذا وكل فهل له عزل الوكيل[٢]؟

(ع): فيه تردد، واختار بعض المحققين أن له عزله إلى بدل، لا مطلقًا.

وأصل المذهب: أنه إذا تعلق لأحد الغريمين حق بالوكالة، أن لا يكون لمن وكله عزله[٣].

(خ): وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الموضع الذي يسافر إليه مأمونًا.

وكذلك ينبغي أن يمنع إذا كان سفره سببًا؛ لأن لايوجد له ما يوفي الدين عند الأجل، كما إذا عومل شخص لأجل صنعته، ثم أراد السفر، وصنعته تتعذر عليه في السفر، والحالة هذه، أدَّى إلى أنه عند الأجل لا يُوجد عنده ما يوفي الدَّين، والله أعلم[٤].

(ص): (الثاني بيع ماله؛ فيباع الحيوان عاجلا ويقسم، ولا يُكَلَّفُ الغرماء أن لا غريم سواهم. فإن كان معروفًا بالدَّين، اسْتُؤْنِيَ به في الموت. وقيل: وفي الفلس.

وقال أصبغ: ينادى على باب المسجد في موته وفلسه، كما فعل عمر.

ويباع بحضرة المفلس بالخيار ثلاثة أيام؛ طلبًا للزيادة؛ ويُستأنى في بيع ربعه الشهر والشهرين، على المشهور)

(ش): أي الحكم الثاني من أحكام الحجر[٥].

واعلم أنَّه إذا قام الغرماء على المفلس، فعلى القاضي أن يكلفهم إثبات ديونهم،

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٣، والكافي: ١/٤١٨.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٣، وإرشاد السالك: ١/١٦٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٨٩، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٤٨.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

ثم يقرره فيما ثبت عنده للمفلس، ولكل واحد في دين صاحبه، فإذا وقع التسليم، أو العجز عن الدفع، أمر كل واحد أن يحلف أنه لم يقبض من دينه شيئًا، ولا أسقطه، وأنَّه بَاقٍ عليه إلى الآن، - على ما عرف في مثل هذا اليمين -[١].

وعلى القاضي أن يسمي الشهود الذين ثبتت بهم حقوق الغرماء، فإن لم يسمهم نفذ الحكم إن كان عدلا وإلا فلا. حكاه في "الطرر".

فإن كان في الغرماء محجور عليه، فهل يحلف المحجور عليه أو وصيه، أو لا يمين على واحد منهما، ويؤخر إلى رشده[٢]؟

في المذهب ثلاث أقوال: للأندلسيين، وحكاه في "المتيطية" - في المرأة المولى عليها تقوم بكالئها - قال: والمشهور أنها هي التي تحلف[٣].

وأفتى ابن عتاب: بأن يمين القضاء توقف عنها، حتى تخرج من الولاية، فإن نكلت حينئذٍ عنها رُدَّت[٤].

ولو كان في عقد أحدهم: أنه يصدق في الاقتضاء دون يمين، فهل تسقط عنه اليمين إن كان مأمونًا لأجل الشرط؛ أو لا تسقط؛ لأن الحق للغرماء؟ قولان لابن العطار وابن الفخار.

قيل: ويكلفهم إثبات ملكه لما يباع.

(ع): وإنما يتم هذا إذا قيل: إن القاضي لا يمكِّن الغرماء من أخذ ما وجد في حانوته أو داره من العروض التي تصلح للرجال، أو للرجال والنساء.

وظاهر المذهب أن يقضى من ذلك، بل قال أهل طليطلة: إنه يهجم عليه، ويؤخذ له ما يعرف أنه للرجال. وإذا استوفى الحاكم هذا باع ما له.

والترتيب في بيعه: أن يبدأ بما يخشى فساده، كالفواكه التي لا تبقى، ثم بالحيوان؛ لسرعة تغيره، ولأنه يحتاج إلى الإنفاق عليه؛ فكان من حسن النظر بيعه.

وليس المراد بقوله: (عاجلا) أنه يباع في مجلس واحد، بل عدم الإطالة.

ثم بالعروض، ثم بالعقار.

وذكر في "البيان " خلافًا في العروض: هل يُسْتَأْنَى بِهَا الشهر والشهرين كالعقار،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٥/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٤/٦، و٥.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٣/٥، وإرشاد السالك: ١٦٤/١.

أو الأيام اليسيرة كالحيوان؟

وقوله: (ويقسم)؛ أي ثمن المبيع مع ما له من ناض.

وطريق القسمه: أن تعلم نسبة مال المفلس إلى مجموع الدَّين، فمثل تلك النسبة يأخذ كل واحد منهم[١].

وقوله: (ولا يكلف الغرماء أن لا غريم سواهم)، نبَّه بهذا على مخالفة هذا للورثة؛ فإنهم حكوا الإنفاق على أنَّ الورثة يلزمون بذلك.

والفرق: أن عدد الورثة معلوم للجيران والأصدقاء وأهل البلد وغيرهم، بخلاف الدَّين فإنه يعثر الاطلاع عليه، وكثيرًا ما يقصد الناس التخفي به[٢].

واحترز بقوله: (فإن كان معروفًا بالدَّين)، من غير المعروف به فإنه لا يستأني بقسم ماله في الموت والفلس بالاتفاق. هكذا صرح به بعض من تكلم على هذا المحل.

والمعروف بالدين يستأنى بقسم ماله في الموت اتفاقًا؛ لاحتمال طروء غريمٍ آخر، واختلف في الفلس؛ ففي "المدونة" من رواية ابن وهب: لا يستأنى به.

وروى غيره الاستيناء كالموت. اللخمي وهو أحسن.

والفرق للأول: أن ذمة المفلس باقية، فلو طرأ غريم لتعلق حقه بذمته، بخلاف الميت؛ لزوال ذِمَّتِهِ، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لأعلم به.

وقوله: (وقال أصبغ)، إلى آخره، أي إذا فلس الغريم أو مات، ينادى على باب المسجد في مجتمع الناس: أن فلانًا ابن فلان قد مات أو فلس؛ فمن كان له عليه دَين، أو كان له عنده قراض أو وديعة أو بضاعه فليرفع ذلك إلى القاضي.

أصبغ: وكذلك فعل عمر ذلك في الأسيفع[٣].

وقوله يحتمل أن يكون عامًا، سواء قلنا بالاستئناء أم لا، وهو الظاهر، ويحتمل أن يريد أن هذه المناداه تقوم مقام الاستئناء.

واعلم أن قصة الأسيفع إنما كانت في الفلس، لكن يؤخذ منه الحكم في الموت بطريق الأولى، لكن لم يذكر في الأثر أنه نادى على باب المسجد، وإنما فيه أن عمر رضي الله عنه قال: (أما بعد: أيها الناس، فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يُقال: سبق الحاج، ألا وإنه قد ادَّانَ مُعْرِضًا فَأَصْبَحَ قد رِينَ بِهِ؛ فمن كان له

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٣، والكافي: ١/٤١٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٨٩، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٤٨.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٧.

عليه دينٌ فليأتنا بالغد نُقْسِمْ مَالَهُ بَيْنَهُمْ)[١].

وقوله: (ويباع بحضرة المفلس بالخيار ثلاثة أيام). هكذا رواه مطرف عن مالك، وقاله ابن القاسم وسحنون؛ لتوقع الزيادة[٢].

وليس هو خاصًا بالمفلس، بل في كل ما يبيعه الحاكم مِمَّا يُوجِبُهُ حكمه، كبيع مال اليتيم والغائب؛ ولهذا جعل مُدَّةَ الخيارِ ثلاثًا، وإلا فيجوز في العقار الشهر ونحوه وفي الرقيق الجمعة ونحوها[٣].

(ع): ولعل إحضار المفلس ليس بشرط في إنفاذ البيع، وإنما هو باب الكمال، وأبلغ في قطع حجة المفلس، وإلا فالحجر عليه مانع من بيعه، ولو أراد الامتناع من البيع لم يكن له ذلك.

(خ): ونص في (الذخيرة) على أنه مستحب، ولا يبعد أن يكون ذلك على الواجب؛ للعلة التي ذكرنا.

وقوله: (ويستأنى في بيع ربعه الشهر والشهرين، على المشهور). لم أقف على الشاذ، وكأن المصنف ذكر ما يباع عاجلا، وهو الحيوان، وما يطال فيه، وهو البيع، وترك ما بينهما، إشارة إلى أنه ينبغي أن يوسط ما بينهما بحسب النظر.

(ص): **(وإذا اختلفت الدُّيُونُ قُوِّمَ مُخَالِفُ النَّقْدِ حين الفلس، واشترى له بما صار له من سلعته)**

(ش): مثاله: أن يكون لواحدٍ عرض، ولآخر طعام، ولآخر نقد، فيقال: كم يُساوي عرض هذا وطعام هذا[٤]؟

فإذا قيل: كل واحد منهم يساوي مائة، وكان النقد مائة، كان المال بينهم أثلاثًا، واشترى لصاحب العرض بما نابه من جنس عرضه، وهذا معنى قوله: (بما صار له)؛ من الصيرورة، وفي بعض النسخ: (بما طار له)؛ من الطيران، والمعنى متقارب[٥].

والمعتبر في هذه القيمة يوم التحاصص على المشهور، وهو مراده بقوله: حين الفلس، لكن تسامح في العبارة، وقال سحنون: يقوم المؤجل منهما يوم الفلس على أن

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٥، ومنح الجليل: ٦/٤، و٥.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٥٨، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٢.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٧٧، والتلقين: ٢/١٦٨.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

يقبض إلى أجله، وألزم أن يقوم العين المؤجل كذلك، ولا قائل به[١].

الباجي وصاحب " المقدمات": فإن تأخَّر الشراء حتى غلا السعر أو رخص فلا تراجع فيه بينه وبين الغرماء، إلا أن يكون فيما صار له أكثر من جميع حظه، فيرد الفضل إلى الغرماء، وإنما يكون التحاسب بينه وبين الغريم، وقال المازري: لو تغير السعر حتى صار يُشترى له أكثر مما كان يشترى له يوم قسمة المال؛ فالزائد بين الغرماء، ويدخل معهم فيه ويصير كمالٍ طرأ للمفلس[٢].

وذهب ابن الماجشون إلى أن هذا الفضل الذي حدث بمقتضى اختلاف السعر يستبد به هذا الغريم الموقوف له المال، ويشتري له مما بقي له في ذمة المفلس؛ بناءً على أصله: أن مصيبة ما وقف من ذلك ممن له الدَّين[٣].

الباجي: وإذا اشترى له مِمَّا عليه من السلم، اعتُبِرَ في ذلك الصفات التي وصفها؛ فإن وصفه بأنه جيد، فقال محمد بن عبد الحكم: يشترى له أدنى تلك الصفة، وقيل: أوسطها.

(ص): (ولا يدفع في طعام مسلم فيه ولا عرض ثمن، إلا أن يكون قد أسلم عرضًا في عرض)

(ش): يعني أن ما ذكره من الشراء بما صار له من سلعته إنما هو عند المشاحة، وأما إن رضي الغرماء أن يأخذوا ما نابهم من الثمن، فذلك جائز، إلا أن يمنع منه مانع، كما لو أسلم في طعامٍ أو عرضٍ.

مثاله: لو أسلم عشرين درهمًا في إردبين قمحًا أو في ثوبين، ونابه في الحصاص عشرة مثلا، فلا يجوز أن يأخذها؛ لأن يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي، ويدخله أيضًا البيع والسلف[٤].

إلا أن يكون رأس مال السلم عرضًا آخر، كما لو أسلم عبدًا في ثوبين فصحَّ له قيمة ثوب، وبقي له ثوب، فيجوز له أخذ تلك القيمة؛ لأن حاصل أمره أنه دفع عبدًا في عين وثوب، وإلى هذا أشار بقوله: (ولا عرض ثمن، إلا أن يكون أسلم عرضًا

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٢/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٣/٥، وإرشاد السالك: ١٦٤/١.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢١٧/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٧/٢.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٣/٢، والكافي: ٤١٨/١.

في عرض)[١].

وكذلك يمتنع في الصورة التي ذكرها المصنف، إذا كان رأس مال السلم ذهبًا، وأراد أن يأخذ عنه فضة، أو بالعكس؛ لأنه صرفٌ مُؤَخَّرٌ[٢].

وبالجملة فأجروا هذا الفصل على حكم الاقتضاءات؛ فإن القاضي كالنائب عن المفلس، فلا يجوز أن يدفع للغرماء إلا ما يجوز للمفلس دفعه إليهم؛ ولم يجعلوا دخول القاضي رافعًا للتهمة، وقيل: إنه رافع لها؛ فتجوز كل مسأله منعت للتهمة.

(ص): **(وإذا هلك نصيب الغائب بعد عزله، فمنه)**

(ش): يعني إذا كان بعض الغرماء غائبًا، فعزل القاضي له نصيبه ثم هلك، فمصيبته منه؛ لأن القاضي كوكيله، وحكى التنوسي وابن يونس الاتفاق على ذلك.

(ص): **(وإذا ظهر غريمٌ رجع كل واحدٍ بِمَا يخصه)**

(ش): يعني إذا اقتسم الغرماء مال المفلس أو الميت، ثم ظهر غريم آخر لم يعلم به، فإنه يرجع على كل واحدٍ بما ينوبه في الحصاص لو كان حاضرًا، ولا يأخذ مليئًا عن معدم، ولا حيًّا عن ميت.

واحترز بقوله: (ظهر)، مما لو كان حاضرًا وسكت؛ فإنه لا رجوع له على من قبض من الغرماء اتِّفَاقًا.

ومثال ما ذكره المصنف مسألة " المدونه": إذا كان لكل واحدٍ من ثلاثة رجال مائة غاب أحدهم ولم يعلم به، وبيد المفلس مائة فاقتسمها الحاضران، فإن القادم يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثًا[٣].

ابن المواز: ولو وقف نصيب غائب فضاع؛ لضمن الغائب للطارئ حصته؛ لأنه لما وقف له صار ذلك كأنه قبضه وهلك في يديه؛ فوجب أن يرجع عليه الطارئ بحصته منه[٤].

ابن يونس: وإذا غرم للطارئ حصته من الموقوف، رجع بمثل ذلك في ذمة المفلس والميت؛ لأنه قد استحق ذلك مما وقف[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٧٨، والتلقين: ٢/١٦٩.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٢، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٥.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٥) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٣، وإرشاد السالك: ١/١٦٤.

واعترض التنوسي ما قاله محمد هنا؛ بالوراثة يطرأ على الوارث؛ فإنه لا يضمن له ما هلك بيده إذا هلك، وبالمشتري يهلك ما بيده ثم يستحق؛ فإنه لا يضمن للمستحق شيئًا، ويرجع المستحق بمثل المستحق على من قبضه، أو بقيمته على من غصبه؛ فيلزم في الغريم الموقوف له أن لا يضمن للطارئ شيئًا.

وفرق ابن يونس بين الوارث والغريم بأن الغريم دينه من معاوضة؛ فما هلك في يده فهو منه؛ لأنه ضمن بما دفع فيه، والوارث لم يضمن في ذلك ثمنًا بما أدَّاه؛ فوجب أن يكون هلاك ما قبض - إذا هلك بأمر من الله تعالى - من الميت.

(ص): **(وَكَذَلِكَ لَو اسْتُحِقَّ مَبِيعٌ)**

(ش): يعني وكذلك لو بيع بعض مال المفلس فخرج مستحقًّا، فإن المشتري يرجع على كل واحد من الغرماء بما ينوبه منه، ونص (ع): على أن ما استحق مما باعه المفلس قبل تفليسه كذلك[1].

(ص): **(ولو كان مشهورًا بالدَّين، أو علم الورثة بِدَينٍ وأقبضوا بعض الغرماء، رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عليهم، ثم رجعوا هم على الغرماء)**

(ش): يعني أن ما قدمه من رجوع القادم على الغريم القابض، إنما هو إذا لم يكن الورثة عالمين بالدين الباقي، وأما لو علموا، أو كان مشهورًا بالدَّين، فإن القادم يرجع على الورثة[2].

أما مع علمهم فظاهر؛ لتعديهم، وأما مع شهرته بالدَّين فلاستعجالهم؛ فلذلك يرجع عليهم أو على الوصي، ثم يرجع الورثة أو الوصي بذلك على الغرماء الذين اقتضوا أوَّلا، وهكذا في "المدونة" في باب المديان[3].

وقال في باب بعد هذا: إذا قضى الورثة من حضر، وهم يعلمون بدين القادم؛ فإنه إن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة بما ينوبه من ذلك، ثم يرجع الورثة بما أدوا من ذلك على الغرماء الأولين[4].

ومقتضى قوله: فإن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة، أنه يبدأ بالغرماء خلاف الأول.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٤/٦، و٥.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٣/٢، والكافي: ٤١٨/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٨٩/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٨/٢.

(٤) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣.

وحمل اللخمي وغيره ذلك على الخلاف.

(ع): وهو الظاهر.

اللخمي: والقول بالبداءة بالغريم أحسن، إلا أن يكون تناول ذلك من الوصي أو الوارث أقرب بالأمر البين؛ لأن معه ناضًا، أو كان الغرماء ملدِّين أو غائبين، فيبدأ بالوارث أو الوصي بالاتفاق. انتهى.

وقال ابن يونس: بل الثاني والأول سواء وإنما أراد أنهم يخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصي، وبين أن يرجعوا على الغرماء.

وخرج بعضهم عن رواية أشهب - أن الورثة إذا عزلوا للدِّين أضعافه وباعوا ليرثوا، أن البيع باطل ويفسخ - أن يكون لجميع الغرماء، إذا لم يحضروا، أخذ السلع من أيدي المشترين، إلا أن يشاء المشترون أن يدفعوا قيمة ما في أيديهم أو ثمنه أو بضعه إن كان قائمًا[1].

(ع): وفي التخريج نظر؛ لأن مذهب أشهب - فيمن اشترى سلعة شراءً فاسدًا وقبضها ودفع ثمنها - أن له أن يمسكها على سبيل الرهن حتى يأخذ الثمن الذي دفعه. انتهى[2].

المازري: ولا يختلف أن الورثة منهيُّون عن البيع قبل الدَّين، فإن فعلوا فللغرماء فسخه[3].

هذا إذا لم يقدروا على أداء الدَّين إلا بالفسخ، أما إن قضاه الورثة من أموالهم، أو أسقط الغرماء حقوقهم، فالأشهر من المذهب أن البيع لا يفسخ؛ لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين، وقد سقط، ومقابل الأشهر رواه أشهب، فذكر ما تقدم[4].

تنبيه:

قد تَبَيَّنَ لك من موافقة كلام المصنف " للمدونة"، وعلى هذا فقوله: (ولو كان)؛ أي الميت؛ لأن قوله: (كان مشهورًا بالدَّين)، قسيم لقوله: (أو علم الورثة). وعلم الورثة إنما هو مع الموت؛ فكذلك قسيمه، ولأن قوله: (رجع من بقي عليهم)؛ أي: على الوارث، والوارث إنما يكون في الموت. وليوافق مذهب "المدونة".

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٧، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٧، والتلقين: ٢/١٦٨.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٧.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٥، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٧.

وقول (ع): - إن المصنف جمع هنا بين المفلس والميت، وهو خلاف مذهب "المدونة" - ليس بظاهر.

(ص): (**وإذا رجع على الورثة، فله أخذه من المليء عن المعدم، ما لم يجاوز حصة ما قبض الوارث، بخلاف الغرماء**)

(**ش**): يعني إذا توجه الغرم على الورثة؛ فإما أن يجدهم أملياء، أو عدماء، أو بعضهم مليئًا، فالأملياء يرجع على كل واحد بما ينوبه، والعدماء لا رجوع على واحد منهم[1].

وإن وجد بعضهم مُعْدِمًا، فإنه يأخذ من المليء الأقل من دينه أو مِمَّا قبض؛ لأنه إن كان دين القائم أقل وقبضه سقط مقاله، وإن كان ما قبض أقل لم تلزمه الزيادة؛ لأنه لو لم يقبض شيئًا لم يلزمه غرم البتة[2].

وقوله: (**بخلاف الغرماء**)؛ أي: فإنه إنما يأخذ كل واحدٍ بما ينوبه.

والفرق: تساوي الغريم الطارئ مع الغرماء، بخلاف الورثة؛ إذ لا يستحق واحد منهم ميراثًا إلا بعد قضاء الدَّين[3].

(خ): وينبغي إذا علم الغرماء بالغريم الطارئ أن يكونوا كالورثة، ويؤخذ المليء عن المعدم، وكذلك ينبغي في الورثة - إذا علموا - أن يرجع على كل واحد بمبلغ التركة كلها، لا بما قبضه هو، والله أعلم[4].

فرع:

واختلف في طريان وارثٍ على وارثٍ، أو مُوصَى له على مُوصَى لهم؛ فقال ابن القاسم ورواه عن مالك: هو كطريان غريم على غرماء؛ فلا يأخذ مليء عن معدم، وقال أشهب وابن عبد الحكم: كطريان غريم على ورثة؛ فيقاسم المليء منهم في جميع ما صار إليه، كأن الميت لم يترك غيرهما، ثم يرجعان على سائر الورثة، وكذلك الموصى له حتى يعتدلوا[5].

(ص): (**وإذا تلف مال المفلس فثالثها: إن كان عرضًا فمنه، وإن كان عينًا فمنهم،**

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٣/٢، والكافي: ٤١٨/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٤/٦، و٥.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٣/٥، وإرشاد السالك: ١٦٤/١.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ٢١٧/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٧/٢.

ورابعها: إن كان مفلسًا فمنه وإن كان مَيِّتًا فمنهم)

(ش): قوله: (المفلس) يريد: أو الميت ودلَّ على حذف هذا المعطوف تفصيله في القول الرابع بين المفلس والميت؛ فإن تفصيله في هذا القول يدل على أن هذه الثلاثة المتقدمة عامة، ويحتمل أن يكون أطلق المفلس على الحي والميت.

وذكر المصنف أربعة أقوال[(١)]:

الأول: إن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرماء؛ عينًا كان أو عرضًا. رواه أشهب عن مالك، وقال به ابن عبد الحكم، واختاره اللخمي.

(ع): لأن ذلك المال ماله؛ فيبقى ضمانه منه حتى يتحقق الناقل، ولا ناقل سوى ما تعلق به من حق الغرماء، وتعلق حقهم بتلك العين أو العروض تعلقًا عامًّا، وحق المديان متعلق بأعيانها[(٢)].

ومثل هذا مع التعارض يُوجِبُ رجحان الإضافة للمديان؛ لأن من حقِّ الغرماء التوفية في الكيل والوزن، فكل ما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفي لهم.

الثاني: إن ضمانه من الغرماء، من حضر منهم ومن غاب، ومن علم منهم ومن لم يعلم، كان دَينًا أو عَينًا أو غيره[(٣)].

رواه ابن الماجشون عن مالك، وقال به هو وابن المواز.

الثالث: إن كان مال المفلس عرضًا فضمانه منه، وإن كان عينًا فضمانه من الغرماء، قاله ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقيده بعض القرويين وصاحب " المقدمات " - بأنه إن كان عرضًا فضمانه منه - بما إذا كان العرض مخالفًا لدينهم؛ بأن تكون ديونهم عينًا أو عرضًا مخالفًا. وأما لو كانت مماثلة فمصيبتها منهم؛ لأنهم يتحاصون فيها، ولا يحتاج إلى بيعها، وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه، ورأوا أنَّ الدُّيون وإن كانت عروضًا، فإنما يستحق الغرماء الضرب بقيمتها من العين[(٤)].

وعورض ابن القاسم في قوله: إن ضمان العين من الغرماء، بأن المفلس لو اشترى منها سلعة بعد الإيقاف كان ربحها له؛ ولما عورض بهذا سكت، وأجاب المازري بأنَّه

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٢/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ٢١٠/١، والفواكه الدواني: ٨٦/١.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٢/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٣/٢، والكافي: ٤١٨/١.

متعدٍ في التصرف، ومن تعدَّى على دنانير أو دراهم فتجر فيها فربحها له.

قال: ولعله سكت استثقالا للمعارضة التي هي كالمناقضة.

وتصور القول الرابع من كلام المصنف ظاهر وهو لأصبغ.

وزاد المازري والمتيطي خامسًا: إن مصيبة الدنانير مِمَّن له الدنانير، ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم، وعزي للمغيرة[١].

(ع): وقول ابن القاسم: - على نقله في "المقدمات " - قريب منه؛ لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم، فتحصيل مذهبه: أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم؛ لأنه إنما يباع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء[٢].

ومنشأ الخلاف: هل الحاكم كوكيل عنه؛ لأن الأصل استصحاب ملكه، ولأنه لو حصل ربح لكان له، أو هو وكيل عنهم، والمال محوز عنه، وقد منع من التصرف فيه؟ ولا يخفى وجه من قال بالفرق[٣].

وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم، ولو تناول ذلك الغرماء أو الورثة لكان ذلك من المديان، والله أعلم.

(ص): (**ويترك على المفلس كسوته المعتادة لمثله، وقيل ما يواريه**)

(**ش**): احترز (**بالمعتادة**)، من التي للزينة؛ فإنها تباع.

والشاذ لابن كنانة. وروى ابن نافع عن مالك: إنه لا يترك له شيء، وظاهره: ولا ما يواريه، ولكن ردَّها ابن رشد؛ لقول ابن كنانة؛ قال: وقول ابن كنانة هو القياس.

ورأى في المشهور أن العرف جرى باستثناء الثياب المعتادة.

ابن القاسم: وإن كان له ثياب فيها فضل عن لباس مثله، بيعت.

اللخمي: يريد ويُشترى دونها[٤].

ويترك له أيضًا على المشهور - إذا خلقت كسوة ولده - الكسوة لولده الصغار.

وشك مالك في كسوة زوجته[٥].

هكذا أضاف صاحب " البيان " وأكثرهم الشك لمالك، وأضافه اللخمي لابن

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢١٠/١، والفواكه الدواني: ٨٦/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٣/٥، وإرشاد السالك: ١٦٤/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٨٩/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٨/٢.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٥/٢، وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

(٥) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٥/٦.

القاسم؛ أي شك هل سمعها من مالك أم لا؟ لا أنه شك في الحكم؛ لأن الزوجة ألزم من الولد، فإن ترك للولد فأحرى للزوجة.

وقال سحنون: لا يترك لها الكسوة.

اللخمي: وعلى هذا لا يترك للولد، وهو أبين وحسبهم ما كان عليهم.

قال: ولا أرى أن يستأنف لها أيضا كسوة.

قال في "البيان": واتفق على أنه لو كساها قبل الفلس كسوة لا فضل فيها عن كسوة مثلها، وهو قائم الوجه: أنه لا ينزع منها[1].

ويباع ثوبًا جمعته، إن كانت لهما قيمةً وإلا فلا.

ويباع عليه ما كان للقنية والتجارة من داره وخادمه ودابته وسرجه وسلاحه.

ابن القاسم: وخاتمة، ومنع أشهب بيع الخاتم، والأول أظهر. ويباع مصحفه.

واختلف في بيع كتب الفقه عليه[2].

الباجي: والخلاف في ذلك جارٍ على الخلاف في جواز بيعها من حيث الجملة، فكرهه مالك مرةً، ومنعه أخرى.

قال في "الموازية": لا تُباعُ في الدين ولا تورث، ووارثه وغيره ممن هو أهل لقراءتها سواء.

ووجهه الباجي بأن طريقها النظر، وليس مقطوعًا بصحتها. والمشهور الذي عليه الجمهور: جواز البيع.

محمد بن عبد الحكم: وقد بيعت كتب ابن وهب بثلاث مائة دينار، وأصحابنا متوافرون حاضرون وغيرهم، فما أنكروا ذلك. وكان أبي الوصي.

المازري: وأما تكفين ولده فجارٍ على ما ذكرناه أيضًا في ولده الحي، وأما الزوجة فكذلك أيضًا يجري الأمر في تكفينها، إذا قلنا: إنه لازم للزوج، على أحد القولين على ما قدمناه من الكلام في كسوتها وهي حية.

واختلف العلماء: هل تكفن بثوب، أو بثلاثة[3]؟

قال: ويتخرج عندي على الخلاف في ثوبي الجمعة؛ لأن التكفين في الثلاثة

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣، وما بعدها.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢١٧/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٧/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٢/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

مستحب كثوبي الجمعة[١].

قال: وكان شيخنا يتردد في بيع آلة الصانع، كمرزبة الكماد ومطرقة الحداد.

قال: ويؤخذ حكمه حكم ما تقدم، فإن كان يسيرًا، أو لا يصح أن يقوم أَوْدُهُ إلا منه لم يبع ويصير مثل نفقة الأيام[٢].

(ص): (ويترك عيشه وعيش زوجته وولده نحو الشهر)

(ش): هكذا لمالك في "الموازية" و"الواضحة"، ولم يقيد ذلك في "المدونة"، بل في الزكاة الثاني: يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام[٣].

وحملها في "البيان " على العشرة ونحوها.

قال: وليس بخلاف للقول الذي وقع فيه الشهر، إنما هو على قدر الأحوال وما جرى عليه من العرف من التقوت في ذلك المكان.

قال: والمراد بالأهل في "المدونة": أزواج المفلس، وما تلزمه نفقته من رقيقه، وولده، وأمهات أولاده، ومدبرته، وكذلك قال المازري[٤].

والتحقيق أن يترك له إلى وقت يؤدِّي الاجتهاد إلى أنه يحصل في مثله ما يتأتى له منه المعيشة، فإن كان صانعًا ينفق على نفسه وأهله من صنعته، لم يترك له شيء.

ومن الأشياخ من يترك له نفقة اليومين والثلاثة؛ خوفًا من كسله أو من مرضه في غده وما بعده.

وما ذكره المصنف هو المشهور.

ولمالك في رواية ابن نافع: لا يترك له شيء.

(ص): (ولا يلزمه أن يَتَكَسَّب)

(ش): لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ورأى اللخمي أن الصانع يجبر على التكسب؛ لأنه على ذلك عُومل، بخلاف التاجر.

قال: وعلى التاجر تكلم مالك[٥].

قال: وكذلك يجبر على العمل إذا باع منافعه، مثل أن ينسج لرجل ثيابًا، أو يخيط

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢١٠/١، والفواكه الدواني: ٨٦/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٣/٥، وإرشاد السالك: ١٦٤/١.

(٣) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

(٥) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

ثيابًا مدةً معلومةً[(١)].

قال: ويفترق الجواب إذا كان محتاجًا إلى ما ينفق، فإنَّ الصانع يتداين؛ ليعمل ويقضي، فإنه يبدأ بنفقته ونفقة عياله، ثم يقضي دينه من الفاضل[(٢)].

وإن باع منافعه مدة معلومة بُدِئ بالذي استأجره، وإن أدَّى ذلك إلى أن يتكفف؛ لأن منافعه صارت ملكًا لمن اشتراها؛ فأشبه من باع سلعة فلم يسلمها حتى افتقر، فإنه يسلمها وإن تكفف؛ إلا أن يخاف عليه الموت؛ فيخير الذي استأجره بين أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عليه، أو يتركه يعمل عند غيره بمثل ذلك؛ لأنه إن منع هلك، ولم يستنفع المستأجر بشيء[(٣)].

(ص): (ولا يُؤَاجِرَ مستولدته، بخلاف مدبرته، ولا ينتزع مالهما، ولا أن يعتصر ما وهب لولده)

(ش): يحتمل أن يقرأ: ولا يؤاجر، على البناء للمفعول؛ أي لا يؤاجر القاضي أم ولده؛ لأنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع، بخلاف المدبر، فإنه يؤاجره عليه؛ لبقاء الخدمة له، ويحتمل أن يقرأ: (يؤاجر)، بجزم الراء على النهي، ويكون النهي عائدًا على الحاكم أو على المفلس[(٤)].

ويحتمل أن يقرأ على النصب؛ عطفًا على (يكتسب)، وهو أقرب إلى لفظه، ألا ترى أن قوله بعد: (ولا ينتزع مالهما)، وما بعده لا يصح فيه إلا النصب؛ لكن يرد على هذا أنه لا يلزم من قوله: (ولا يلزمه أن يؤاجر أم ولده) أن لا تجوز له إجارتها، بل قد يفهم منه جواز الإجارة، ألا ترى إلى قوله: ولا ينتزع مالها، فإنه أشار بذلك إلى أنه يجوز له أن ينتزع، وإنما الممتنع أن يجبر على الانتزاع. وإجارتها لا تجوز على المذهب[(٥)].

وفي معنى المدبرة المعتقة إلى أجل ونحوها، ممن للسيد فيها الخدمة.

وقد نصَّ ابن شاس وغيره على أن المدبرة يُؤاجرها المفلس؛ وبه تعلم أن ما وقع

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٩.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١١، والفواكه الدواني: ١/٨٧.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٤، والكافي: ١/٤١٩.

(٤) انظر: الذخيرة: ٨/١٥٩، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٣.

(٥) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠١، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

في بعض النسخ: (ولا مدبرته) ليس بجيد[1].

وما ذكره من أنه لا يلزمه انتزاع مال المدبرة وأم الولد هو في "المدونة"، ورآه من معنى التكسب، وهو غير لازم، ولأنهم لم يعاملوه إلا على ملكه، فليس لهم الجبر على انتزاع ملك غيره[2].

وفي سماع ابن القاسم عن مالك: من حبس حبسًا وشرط؛ إن شاء المحبس عليه أن يبيع باع، فلغرمائه أن يبيعوه عليه.

صاحب " المقدمات " وابن زرقون: فيتخرج من هذا قولٌ بلزوم الانتزاع، ولزوم الاعتصار.

(ص): (ولا يشفع ولا يستلف، ولو بُذل له)

(ش): أي ولا يلزمه أن يشفع ولا يتسلف، ولو بُذل السلف له، وكذلك لا يلزمه قبول هبة أو صدقة أو وصية[3].

وإنما يلزمه أن يشفع، وإن كان في الأخذ بالشفعة ربح؛ لأنه تكسب وتجر، وهو غير لازم، ولأنه لا يلزمه عهدة بالشفعة. ولم يلزمه السلف؛ لأنه استدانة أخرى.

نعم لو رضي أحد أن يسلف الطالب ماله على المطلوب مقالة؛ لأن المعروف إنما هو للطالب لا للمطلوب، إلا أن يفعل ذلك قصدًا للضرر[4].

واختلف العلماء فيما لو باع المديان سلعة بخيار، أو اشتراها كذلك، ثم حجر عليه فأراد الإمضاء في المسألتين، أو الفسخ فيهما، ومنعه الغرماء من ذلك. وأجرى ذلك المازري على خلاف في بيع الخيار، هل هو منحلٌّ أو منعقد؟

(ص): (ولا يعفو عن دم الدية)

(ش): يحتمل أن يكون منقطعًا عما قبله، ويكون مجزومًا، أي ليس له أن يعفو عن دم وجبت فيه الدية؛ لتعلق حق الغرماء بها. ويحتمل أن يكون منصوبًا بالعطف؛ أي لا يلزمه أن يعفو عن دم وجب له ليإخذ الدية، بل له أن يقتص. وقد ذكر الفرعين صاحب " الجوهر "[5].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢١٨/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٩/٢.

(٥) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

وقد تقدم ما يغني عن الاحتمال الثاني بقوله: (وكذلك طلاقه، وخلعه، واستيفاء القصاص)، وعلى الاحتمال الأول يكون: (دم الدية)، مضافًا ومضافًا إليه، وعلى الثاني يكون الدم منونًا، والدية مجرورة بلام الجر[١].

وقال المصنف على الاحتمال الأول: (دم الدية)، ولم يقل: دم الخطأ؛ ليشمل المأمومة والجائفة عمدًا ونحوهما، مِمَّا يقاد منه، والله أعلم.

(ص): **(ولو ورث أباه بيع وعتق فضله، ولو وهب له عتق)**

(ش): يعني وإن ورث المدين من يعتق عليه أبًا أو غيره، فقال ابن القاسم: يباع إن استغرق الدَّين، وإن لم يستغرقه بيع منه بقدره وعتق الباقي - وهذا معنى قوله: (وعتق فضله) -، فإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه، ويتملك الفاضل. ولا يبعد استحباب التصدق به.

وخالف محمد؛ فقال: لا يباع عليه.

قال: وهو مثل الصبي والمولى عليه، فإنه يعتق عليهما من ورثاه؛ لأنه يجب حفظ مال المفلس على غرمائه، كما يجب حفظ مال الصبي والسفيه عليهما.

ونصَّ أشهب أيضًا على العتق في مسألة الإرث[٢].

وقد يقال: هو أجرى على المشهور؛ أعني أن عتق القرابة يحصل بمجرد الملك، ولا يتوقف على حكم.

وأما قول ابن القاسم فإنما يظهر إذا بنينا على أنه إنما يعتق بالحكم، كما بناه بعضهم، إلا أن يُقَالُ: من شرط العتق بالقرابة أن لا يُوجد هناك مانع، وهو هنا قائم، وهو حق الغرماء[٣].

ولو وهب للمدين قريبه لعتق عليه[٤].

ابن القاسم: لأنه لم يُوهب له ليأخذه غرماؤه، وإنما قصد به العتق.

صاحب " المقدمات " وغيره: وانظر على هذا، لو وهبه وهو لا يعلم أنه ممن يعتق عليه.

وجزم ابن يونس والمازري وغيرهما بأنه يباع في الدَّين؛ لأنه لم يقصد به العتق.

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢١١/١، والفواكه الدواني: ٨٧/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(ص): **(وفي انفكاك الحجر من غير حاكم قولان)**

(ش): يعني إذا قسم مال المفلس، وحلف أنه لم يكتم شيئًا، أو وافقه الغرماء على ذلك، فهل ينفك الحجر من غير احتياج إلى حكم حاكم؟ وهو قول اللخمي - (ع): وهو أكثر نصوصهم -، أو لا ينفك إلا بحكم حاكم؟ وهو قول القاضيين؛ ابن القصار، وعبد الوهاب[1].

(ر): والأول جار على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه لسفه: أن الحجر يزول عنه برشده في نفسه، من غير ترشيد حاكم؛ لأن العلة في الحجر، السفه، وهنا خوف إتلاف المال، والعلة إذا زالت زال معلولها، وقول القاضي عبد الوهاب جارٍ على القول المعمول به: أن المحجور عليه لسفه **لا** يخرج من الحجر إلا بترشيد الحاكم.

(ص): **(الثالث: حبسه)**

(ش): أي الحكم الثالث من أحكام الحجر: حبس الغريم عند دعواه العجز، ما لم يظهر عدمه، ويثبت فقره[2].

قال في "المقدمات": ولا خلاف في هذا بين فقهاء الأمصار.

وقال (ع): - في كون الحبس من أحكام الفلس نظر؛ لأن المفلس يجب إنظاره، ولا يحبس - ليس بظاهر.

(ص): **(ويحبس المُعَانِدُ والمجهولُ الحال)**

(ش): يحتمل أن يريد بالمعاند معلوم الملاء، ويحتمل أن يريد به ذلك ومن ظاهره الملاء[3].

وللغريم ثلاثة أحوال: مليء، ومجهول الحال، ومعدم، والمليء ينقسم إلى القسمين المشار إليهما؛ أعني معلوم الملاء، وظاهر الملاء، ولنتكلم على كل واحد: فأما معلوم الملاء، ومثلوه بمن يأخذ أموال الناس، ويقعد للتجارة، ثم يدَّعي ذهابها، ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقه ونحوهما، فيحبس حتى يؤدي أموال الناس، أو يموت في السجن[4].

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

(٤) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

سحنون: ويضرب بالدرة المرة بعد المرة، ولو أدى إلى إتلاف نفسه حتى يؤدي أموال الناس.

ابن رشد: وليس بخلاف؛ فقد قال مالك: يضرب الإمام الخصم على اللدد؛ وأيُّ لدد أعظم من هذا؟!

عياض: ولا يُؤخذ منه حميل إلا أن يلتزم الحميل دفع المال.

والصواب: لا يؤخر ساعة إن عرف بالناض، وإن لم يعرف به، فقالوا: يؤجل بمقدار ما يبيع عروضه بحبسها على ظاهر الروايات وعند كثيرٍ من الشيوخ، وقال غيره: لا يُؤجل، ويباع عليه لحينه.

واختلف: هل يحلف على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفًا به؟ فقال ابن دحون: يحلف، وقال أبو علي الحداد يحلف: لا يحلف. وقال ابن زرب: إن كان من التجار حلف ، وإلا فلا. وهو الخلاف في يمين التهمة[1].

واختلف: هل يؤخذ من هذا حميل بالمال ، أو يسجن حتى يبيع؟ أما إن كان صاحب العرض غير مُلِدٍّ ، وسأل التأخير إلى بيع عروضه ، وسأل أن يُعطى حَمِيلا حتى يبيعها ، ففيه خلافٌ أيضًا: ذهب كثير منهم إلى أنه لا يلزمه حميل بالمال.

وفي رواية أبي زيد عن ابن القاسم نحوه - فيمن عرف له مال غائب -: ليس عليه حميل ، إلا أن يخشى عليه أن يغيب عنهم[2].

ابن عتاب: وهي رواية ضعيفة ، وذهب معظم الشيوخ إلى أنه يُعطى حميلا بالمال إلى أن يبيع ، أو يسجن ، ونحوه لسحنون في "كتاب ابنه"[3].

قال أبو بكر بن عبد الرحمن وغير واحد: وليس للإمام أن يبيع عليه عروضه كما يبيعها على المفلس؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من ماله.

(ع): وإذا علم يساره، وجعل القاضي كونه من أهل الناض ، كلفه إثبات البينة بذلك ، فإن أثبت أُجِّل في بيع عروضه[4].

قالوا: ويؤجل في بيع ربعه ، إن لم يكن له غيره ، نحو الشهرين ، ويُعطى حميلا بالمال عند أكثر الشيوخ ، وقال ابن مالك: بل بالوجه ، وعن سحنون: لا يلزمه حميل.

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢١٨/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٩/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ٢١١/١، والفواكه الدواني: ٨٧/١.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

وأما من ظاهره الملاء ، ولم يعلم ملاؤه ولكن يتهم على إخفاء المال ، فقال سحنون وغيره: يسجن حتى يتبين أمره.

سحنون: ولا يُؤخذ منه حميل بالوجه ولكن بالمال ، وقال ابن القاسم: يؤخذ منه الحميل. وفهموه على أنه يريد حميل الوجه.

وإن طلب أخذ الحميل من ليخرج في طلب منافعه، ويرجع إلى السجن إن عجز، أخذ منه[١].

واختلف في قول ابن القاسم وسحنون؛ فقيل: خلاف، وقيل: وفاق؛ فيحمل قول سحنون على أنه مُلِدٌّ ظاهر الملاء، وقول ابن القاسم على غيره.

وأما مجهول الحال فيحبس ليستبرأ أمره، قاله مالك في "الموازية"[٢].

وقد اختلف فيما يحمل عليه حال هذا المجهول على ثلاثة أقوال: اللخمي: والمعروف من المذهب أن يحمل الغريم على اليسر من غير اعتبارٍ لِحَالِهِ، ولا للسبب الموجب للدَّين، وقال مالك في "المبسوط": إنه يحمل على العدم حتى يقوم دليل بملائه؛ لأنه قال: لا يحبس إلا التاجر، وقيل: إن كان الحق عن عوض فهو على الملاء، وإن كان عن غيره، كنفقة الأب والابن، فهو على العدم، قاله ابن القاسم، وأشهب وابن كنانة وسحنون[٣].

واختلف- على هذا القول - : هل ذلك إذا كان العوض مما يتملك، أم لا؟ فحمل ابن القاسم وأشهب ذلك محملا واحدًا، وقال ابن كنانة وسحنون: إن كان العوض مما يتملك ويتمول، فهو محمول على الملاء، وإن كان مما لا يتمول، كالصداق الذي هو عوض عن البضع الذي لا يتمول، وكأرش الجراح، فهو محمول على العدم، وسيأتي الكلام على المعدم[٤].

(ص): (**فإن سأل في اليوم ونحوه بحميلٍ أخر**)

(**ش**): أي سأل مجهول الحال، وهو الظاهر ويحتمل عوده عليه، وعلى أحد قسمين المعامل، أعني ظاهر الملاء، وفيه بعد؛ لعود الضمير على بعض المعاند، إلا أن يُقال إِنَّهُ لم يرد بالمعاند إلا ظاهر الملاء.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.

(٤) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

لكن يبقى فيه بُعد من وجه آخر، وهو أنه يكون قد ترك النص على معلوم الملاء، ولا يصح أن يعود الضمير في: (سأل)، على معلوم الملاء؛ لأنه لا يُؤخذ منه الحميل كما تَقَدَّم.

وفي كلام المصنف ما ينبه عليه؛ ويتبين ذلك بذكر حكم المشغول وظاهر الملاء.

أما مجهول الحال فظاهر "المدونة": يحبس قدر ما يتلوم من اختبار حاله، أو يأخذ عليه حميلا.

عياض: ولم يبين هل بالوجه أو بالمال؟ والصواب أن يكون بالوجه، هكذا نَصَّ عليه أبو عمران وأبو إسحاق وغيرهما من القرويين والأندلسيين، ولا يقتضي النظر غيره؛ لأن هذا لم يثبت أنه مليء، ولا غيَّبَ مَالا، ولكن سجن استظهارًا لكشف حاله، فإذا أعطي حميلا إلى مدة الاستكشاف، توصل بذلك من الكشف كما يتوصل بالسجن، فإن ظهر وجه للشدة عليه أمكننا منه الحميل[1].

وحكى اللخمي عن سحنون أنه قال: لا يقبل ممن يحبس ليثبت فقره حميلا، ليسعى في مصالحه؛ خلاف مذهب ابن القاسم[2].

قال: وقول ابن القاسم أحسن، إلا أن يكون معروفًا باللدد.

وإذا أخذ الحميل منه، فإن لم يحضره غرم المال؛ لأجل اليمين اللازمة له إذا أحضره، وإن أحضره عند الأجل، ولم يظهر له مال، حلفناه وسرحناه.

فإن لم يأتي بحميل إلا إلى دون ما ينكشف حاله فيه، فإنه يقبل منه[3].

فإذا أخر إلى الأجل الذي ضمنه إليه، ولم ينكشف من أمره شيء، سجن إلا أن يأتي بحميلٍ آخر، إلى انقضاء الأجل.

عياض: وهذا الحميل يقضى به على صاحب الدين أن يأخذه، إذا بذله الغريم.

(ز): وإذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه، فغاب الغريم، وأثبت الحميل عدم الغريم، فقال ابن رشد: يغرم الحميل؛ لتعذر اليمين اللازمة للغريم، وقال اللخمي: لا يغرم؛ لأن اليمين بعد ثبوت الفقر - أنه لم يكتم شيئًا - استظهارًا، إلا أن يكون ممن يظن أنه ممن يكتم.

وَأَمَّا ظَاهِرُ الملاء يقيم بينة بالفقر، ولم تزك بينته، ففي "كتاب ابن سحنون": لا

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٢) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢١٨/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٩/٢.

يُؤخذ منه حميل، ويسجن حتى تُزكى بينته، قيل: وإنما لم يقبل منه الحميل؛ لأنه إذا ذهب لم يحلف الحميل؛ إذ لا بُدَّ من يمينه: أنه لا يجد قضاءً[١].

ابن يونس: ويحتمل إنما سجنه؛ لأن ظاهره الملاء، والبينة التي لم تزك كالعدم، وهو كمن تفالس، وقال: لا شيء لي[٢].

وأما إن سأل أن يؤخر ووعد بالقضاء، فليؤخره الإمام حسبما يرجو له، ولا يعجل عليه. قاله ابن الماجشون، وقال في "كتاب ابن سحنون": إن سأل أن يُؤخر يومًا أو نحوه، أُخِّر، ويُعْطَى حَمِيلا بالمال، وإن لم يجد حميلا به سجن[٣].

وقال ابن الماجشون - في سماك عليه سمك، فسأل الصبر حتى يتصيد - قال: يصبر عليه؛ ولم يشترط الحميل. ولعله يريد أنَّه لا مَالَ لَهُ، ولا يجد قضاء إلا من تصيده.

(خ): وفي كلام المصنف نظر؛ لأنهم لم يقيدوا الحميل في المجهول باليوم كالمصنف، وإن أراد ظاهر الملاء، فإنما نصوا على تأخيره اليوم إذا وعد بالقضاء، وكلام المصنف لا ينبئ عن ذلك[٤].

وذكر (ر) أن القضاة في زمانه يؤخرون الغريم - إذا وعد بالقضاء - ثلاثًا.

(ص): **(فإن شهد بإعساره حلف وأُنظر)**

(ش): يعني فإن قامت البينة على الغريم الذي عليه الدَّين أنه معسر، حلف على ذلك؛ لأن البينة إنما شهدت على العلم، ويمكن أن يكون له مال أخفاه، ولا خفاء أن هذا في حق مجهول الحال والمتهم.

وأما معلوم الملاء فلا تقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده. نص عليه اللخمي والمازري وغيرهما؛ بأن تقول البينة: كنا نرى تصرفه في بيعه وشرائه، ونزول الأسواق، ونفقته على عياله، ونقص ماله.

اللخمي: وكذلك أيضا لا تقبل البينة ممن عليه دين منجم أدَّى بعضه، ثم ادَّعى العجز، إلا بذهاب ما بيده[٥].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٤، وإرشاد السالك: ١/١٦٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١١، والفواكه الدواني: ١/٨٧.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٣، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٦.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٤، والكافي: ١/٤١٩.

(٥) انظر: الذخيرة: ٨/١٥٩، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٣.

وكذلك أيضًا الرجل يطلب برزق ولده بعد طلاق الأم، فلا تُسمع منه البينة إلا بذهاب ما بيده؛ لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق، فهو اليوم أقدر؛ لزوال نفقة الزوج عنه[1].

وقوله: (حلف)، هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته، كدعوى المرأة على زوجها الغائب النفقة، والقضاء على الغائب[2].

وضابطه: كل بينة شهدت بظاهر يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر.

قال في "المقدمات": وصفة يمينه: أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر، ولا باطن، وإن وجد مالا ليؤدين له حقه. وهذه الصفة ذكرها في "المدونة" عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وذكرها أيضًا صاحب " الوثائق المجموعة " والمتيطي وغيرهما، وبها أفتى ابن العطار وابن لبابة، وذكرها ابن سهل عن جماعة كثيرة.

وإن ادُّعي عليه - بعد أن حلف - أنه استفاد مالا، لم يكن للغرماء تحليفه[3].

قال في "المقدمات": وهذه فائدة زيادة قوله في اليمين: ولئن وجد مالا ليؤدين.

وحكى ابن الهندي عن محمد بن إسحاق بن السليم، قاضي قرطبة: أن عبد الملك بن أيمن كان يزيد في اليمين الواردة عن الخليفتين وأنه يعجل الأداء؛ لأنه قد يؤدي إليه بعد زمان طويل، فيبرئ يمينه، وفي ذلك ضرر على صاحب الحق.

وكان يزيد: ولئن رزقه الله مالا وهو في سفر، ليجعلن الأوبة والأداء[4].

ابن هندي: وهذا كله استظهار، واليمين المذكورة كافية؛ لأنها على نية المحلوف له.

قوله: (وأنظر)، فيه إشارة إلى الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وردٌّ على أبي حنيفة في قوله: إن صاحب الدَّين يلازم الغريم، ووجه الدليل: أن الله أوجب إنظاره إلى اليسر.

تنبيهان:

الأول: قد ذكرنا أن ابن رشيد والمتيطي وغيرهما نقلوا أن المذهب موافقة الخليفتين في صفة اليمين.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

(٤) انظر: القوانين الفقهية: ٢١١/١، والفواكه الدواني: ٨٧/١.

(ع): ونقل عن مالك أنه لم ير زيادة قوله: وإن وجد قضاء ليقضين، ولم أر من نقل ذلك عن مالك. فإن ثبت فيحمل على أنه قول شاذ، والله أعلم[١].

التنبيه الثاني: قد ذكرنا أولا أنا نذكر حكم الغريم المعدم فلنذكره هنا، فنقول: إن وافقه صاحبه على العدم وجب إنظاره، وإن خالفه؛ فإما أن يدعي المطلوب أنه يعلم بعدمه أو لا[٢].

فإن ادَّعاه حلف صاحب الدَّين أنه ما يعرفه عديمًا، فإن نكل لم يسجن؛ لأنه نكول الطالب عن اليمين يقتضي أنه يعلم بعدمه، قال ابن شعبان وغيره، وبه كان يفتي ابن الفخار[٣].

فإن حلف رب الدين، أو لم يدَّع عليه الغريم العدم، حُبس، إلا أن يثبت عدمه، وإذا حلف المطلوب، فقال أبو عمران: يحلف على البتِّ، وقال غيره: على العلم؛ إذ قد يكون ملك مالا من إرث أو هبة، ولم يعلم به[٤].

(ر): وقول أبي عمران ظاهر المجموعة.

وأشار اللخمي إلى أن من ظاهره الفقر - لبذاذة حاله وصناعته، كالبقال والخياط ونحوهما من أهل الصنائع، ممن شأن أهلها العدم - يقبل قوله في العدم، ولا يحبس، إلا أن تكون الدعوى في يُسرٍ عُومل عليه في صنعته، فلا يصدق حتى يثبت ذلك.

فروع

الأول: لو سأل الطالب أن يفتش على المدين داره، فقال ابن سهل: شاهدت الفتيا والحكم في طليطلة أنه يفتش عليه مسكنه؛ فما ألفى من متاع الرجل بيع عليه، وأنصف الطالب منه، لا يختلف فقهاؤهم فيه، وأنكر ذلك على أكثرهم، فلم يرجعوا عنه، وسألت ابن عتاب فأنكره، وأنكر أيضًا ابن مالك وقال: أرأيت إن كان الذي يُلفى في بيته ودائع[٥]؟

فقلت له: ذلك محمول على أنه ملكه حتى يظهر خلافه.

قال: فيلزم إذًا الاستثناء به، حتى يعلم أله طالب أم لا؟

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٣، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٦.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١١، والفواكه الدواني: ١/٨٧.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٩.

(٥) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٣، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٦.

وأعلمت ابن القطان بعمل طليطلة، فقال لي: ما يبعد.

ابن رشد: وأراه حسنًا فيمن ظاهره اللدد والمطل[١].

الثاني: يحبس كل من ثبت عليه حق لا مدافع له فيه، ولم يعلم عدمه إلا من قوله، ولم يكن ظاهره العدم، كما تقدم.

فإن كان الحق على غيره وهو السبب فيه؛ كالقاتل خطأ، ففي سجنه قولان لسحنون وأبي عمران. نقله (ر)[٢].

الثالث: إذا شهد له قوم بالعدم، وآخرون بالملاء، ففي أحكام ابن زياد: بينة الملاء أعمل، وإن كانوا أقل عدالة، ويحبس حتى تقوم له بينة أنه أعدم بعده، قُبِلَ ذلك.

قال في "المقدمات": وهو بعيد، وقيل: إن بينة العدم أعمل، وإن كانت أقل عدالة، وقيل: يعمل على شهادة أعدلهما، فإن تساوتا سقطتا، وبقي مسجونًا، وقيل: يعمل على شهادة أعدلهما، فإن تساوتا أطلق من السجن.

قال في "البيان": وهذا إنما هو إذا شهدت هذه بأنه عديم في ظاهر حاله، وهذه أنه مليء في ظاهر حاله، ولم يبينوا أن له مالا أخفاه، وأما إن شهدت بينة الملاء بإخفاء ماله، لما صح أن يختلف أنها أعمل.

(ع): وتأمل قوله: إنه عديم في ظاهر حاله، فلعل معناه: أنهم يعلمون أنه عديم في ظاهر الحال؛ لا مال له ظاهرًا ولا باطنًا؛ فظهور الحال إنما هو باعتبار العلم، وإلا فلا بد للشاهد أن يقول - كما نص عليه ابن رشد في موضع آخر، إن صفة الشهادة على العدم -: نعرفه فقيرًا عديمًا، لا نعلم له مالا ظاهرًا ولا باطنًا[٣].

(ص): **(فَإِنْ طَالَ حَبْسُ المَجْهُولِ الحَالِ أُخْرِجَ؛ وَيَخْتَلِفُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ)**

(ش): يعني إذا لم يجد من يشهد له، وطال حبسه أخرج؛ لأنه يغلب على الظن فقره[٤].

قال في "العتبية": وليس على القاضي أن يكلف الغريم البينة بأنه لا مال له، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة، فإن لم يجد له مالا حلَّفه، وخلَّى سبيله.

قال في "البيان": هذا في مجهول الحال، وأما إن حبسه للتهمة أنه أخفى ماله، فلا

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

يُكتفى إلا بالبينة[١].

(ويختلف)؛ أي الطول (بقدر الدَّين)، وذلك بحسب اجتهاد الإمام، وهذا هو تحقيق المذهب.

قاله بعض كبار الشيوخ[٢].

ابن الماجشون: ويحبس في الدريهمات اليسيرة الشهر ونحوه، وفي الوسط من ذلك الشهرين، وفي الكثير الأربعة.

المازري وغيره: وكذلك يختلف الطول بحسب تجلد الأشخاص في الحبس.

واحترز المصنف بالمجهول من المليء، فإنه يسجن أبدًا إلا أن يعطي.

(ص): **(ويحبس الولد لوالده، وفي حبس والده له قولان، كاليمين)**

(ش): لا إشكال في حبس الولد للأبوين، وأما حبسهما له فمذهب "المدونة": أنهما لا يحبسان له، قال فيها: وإذا لم أحبس الأبوين لم أظلم الولد لهما.

مطرف: ويأمرهما الإمام فيما ثبت عليهما أن يقضياه. والقول بأنهما يحبسان له لمحمد.

ولو قال المصنف: وفي حبس والديه، لكان أحسن، ولعله اعتمد على أن حرمة الأم كالأب أو آكد.

وقوله: (كاليمين)، تشبيه لإفادة الحكم[٣].

ومذهب "المدونة": أنهما لا يحلفان له، وإن حلفهما فهو عقوق، ولابن الماجشون في الثمانية: إن تحليفهما مكروه وليس بعقوق، فيقضي له بذلك، وفي "الموازية" عن ابن القاسم: إنه يقضي له بذلك، إلا أنه عقوق، وهو بعيد؛ لأن العقوق من الكبائر؛ فلا ينبغي أن يمكن من فعله أحد[٤].

وقيد في "البيان " هذا الخلاف بما عدا قلب اليمين، قال: وأما إن وجبت يمين للأب على الابن، فقلبها على الأب، أو تعلق بها حق الغير، كما لو ادَّعَى تلف صداق ابنته، أو ادَّعى عليه زوجها أنه نحلها نحلة، وانعقد عليها النكاح، فاتفق على أنه يحلفه، قاله ابن رشد.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٧/٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٢/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٥/٧.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢١٧/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٧/٢.

ابن المواز وغيره: ويحبس أيضًا إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير؛ لأن ذلك ليس من قبل الصغير، وإنما القاضي هو الذي حبسه.

قال في "المدونة": ويحبس للولد الأجداد والأقارب[1].

فائدة:

اختلف الطرطوشي وعياض: هل للجد من البر مثل ما للأب؟

فقال الطرطوشي: لا. واحتج بهذه المسألة، قال: ولم أر نصًّا في ذلك للعلماء.

وقال عياض: هو كالأب. واستدل بقولهم: إنه لا يقتص منه له، وأنه لا يغزو إلا بإذن جده.

واستدلال الطرطوشي أحسن؛ لأن مقصده أن لكل من الأب والجد حقًّا في البر، إلا أن حق الجد أقل؛ لهذه المسألة، ولا يحسن استدلال عياض، إلا أن لو كان قصد الطرطوشي نفي بر الجد مطلقًا؛ لأن غاية هذه المسائل أن تفيد أن للجد بِرًّا في الجملة، أما كونه مساويًا للأب فلا[2].

(ص): (**ويحبس النساء، وتُؤَمَّنُ عليهن مَأْمُونَةٌ أَيِّمٌ، أو ذاتُ زوجٍ مأمونٍ**)

(ش): يعني أنَّ النساء كالرجال في حبسهن والتضييق عليهن، وقبول الحميل منهن على ما ذكر؛ إلا أن حبسهن عند امرأة مأمونة، أَيِّمًا كانت أو ذات زوج مأمون.

فرع:

قال في "المدونة": ويحبس السيد في دَيْنِ مكاتبه، إن لدَّ.

قيل: يريد ويحبس المكاتب في دين سيده، ولا يحبس مكاتب عجز؛ إذ ليست في ذمته[3].

اللخمي عن سحنون: ومن سجن في دين امرأته أو غيرها، فأرادت زوجته أن تدخل إليه؛ لتبيت عنده، لم تمكن من ذلك؛ لأن المراد من سجنه التضييق[4].

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا أراد الطالب أن يفرق بين الغريم وزوجته، وطلب الزوجان أن يجتمعا، فذلك لهما، إذا كان السجن خاليًا.

اللخمي: وهو أحسن فيمن أشكل أمره، هل هو في معنى اللدد؟ وأما من علم منه

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٠، والفواكه الدواني: ١/٨٦.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٨٩، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٤٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٣، وإرشاد السالك: ١/١٦٤.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٣، والكافي: ١/٤١٨.

اللدد فالأول أحسن[١].

وكذلك من ثبت فقره، وعلم بأكل أموال الناس، فإنه يسجن ويضيق عليه؛ أدبًا له، ويمنع منه ولده ومن يعز عليه. انتهى.

وقال ابن يونس - إثر قول سحنون المذكور.

وقال محمد: إلا أن تشاء المرأة الدخول إليه، وهي التي قد حبسته؛ لأنها لو شاءت لم تحبسه.

(ع): وقال ابن المواز: لا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه، أو يحدثه، وإن اشتد مرضه، واحتيج إلى أمة تباشر منه ما لا يُبَاشِرُهُ غيرها، وتطلع على عورته، فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز ذلك.

ابن رشد: وقول سحنون أظهر.

ولا يفرق بين الأب والابن والأخوة في السجن.

محمد بن عبد الحكم: ولا يخرج المحبوس للجمعة والعيد.

اللخمي: وهذا إنما يجري على قول بعض أهل العلم: إن الجمعة فرض كفاية.

المازري: وعندي أن هذا لا يتخرج؛ لأن الجمعة لها بدل، وتسقط لأعذار، وقد سقط - على أحد القولين - لشدة المطر، وقد أبيح الانتقال عن الماء إلى التيمم إذا غلا الماء، فكذلك لا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء بخروجه للجمعة عُذْرًا في سقوط فرض الجمعة[٢].

قال: والأولى عندي أن لا يمنع من ذلك. إذا كان على صفة لا يلحق الغرماء ضرر[٣].

ابن يونس وغيره: ولو مرض في الحبس لم يخرج، إلا أن يذهب عقله، فيخرج حتى يعود إليه عقله، ثم يعاد؛ لأنه إذا ذهب عقله لا فائدة في حبسه حينئذٍ؛ لعدم عقله.

قال في "الموازية": وأستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته أو من يقرب من قرابته، وخيف عليه الموت، أن يخرج بكفيل بوجهه، فيسلم عليهم ثم يعود، ولا يفعل ذلك في غيرهم من القربات[٤].

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ٤/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٨/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٢/٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٥/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

(٤) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

الباجي: وهو استحسان، والقياس المنع، وهو الصواب عندي.

ابن عبد الحكم: ولا يخرج لحجة الإسلام. ولو أحرم بحج أو عمرة، فيقام عليه بالدَّين حبس وبقي على إحرامه.

ولو ثبت عليه الدَّين يوم نزوله بمكة، أو بمنى، أو عرفة، استحسنت أن يُؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج، ثم يحبس بعد النفر الأول.

ولا يخرج ليغير على العدو، إلا أن يخاف عليه الأسر أو القتل بموضعه، فليخرج إلى غيره.

وإن قذف أخرج لإقامة الحد.

ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دَيْنٍ، إذا كان لهم في يده مال وكذلك الأب.

(ص): (الرابع: الرجوع إلى عين المال، بشروط)

(ش): الرابع من أحكام الحجر على المفلس: رجوع الطالب إلى عين ما خرج من يده من طعام، أو حيوان، أو عرض[1].

أما في الموت فهو أسوة الغرماء، ورأى الشافعي أنه أحق فيهما[2].

ولنا ما في "الموطأ"، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه عليه الصلاة والسلام قال: "أَيُّمَا رَجُلٍ ابْتَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَالِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ"[3].

وهو وإن كان مرسلا هنا، فقد وصله أبو دَاوُد من طريق إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، والزبيدي حمصي، وحديث إسماعيل عن الشاميين صحيح.

فإن عورض هذا بما رواه أبو داود أيضًا، عن ابن أبي ذئب، عن أبي المعتمر، عن عمر بن خلدة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس، فقال: لأقضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَفْلَسَ أو مَاتَ، فَوَجَدَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُو

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢١٨/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٩/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

(٣) انظر: الموطأ برواية يحيى الليثي، رقم (١٣٨٢) مرسلا، ورقم (١٣٨٣) موصولا عن أبي هريرة مرفوعا.

أَحَقُّ بِهِ"[١].

أبو داود: من يأخذ هذا؟! أبو المعتمر لا نعرفه!

فإن قيل: قد ذكره ابن حبان في "الثقات "! قيل: فهو مختلف فيه؛ فيترجح الأول؛ لعدم الاختلاف فيه.

وقوله: (عين المال)، يشمل الدنانير والدراهم، وهو قول ابن القاسم؛ قياسًا للثمن على المثمون، خلافًا لأشهب؛ لأن الأحاديث إنما فيها: (إذا وجد سلعته أو متاعه)، والنقدان لا يطلق عليهم ذلك عرفًا، ويمكن أن يقال: بناء على أن الدنانير والدراهم تتعين أم لا[٢]؟

فرع:

واختلف إذا أحاله بدين على غريم باع له سلعة، ففلس المشتري المحال عليه بالثمن، هل يكون المحال أحق بالسلعة المبيعة؛ لأنه الوكيل عن صاحبها، وهو اختيار ابن المواز، أم لا؟ وهو قول أصبغ[٣].

(ص): **(منها: ألا يغرمه الغرماء من مال المفلس أو لا يدفعوه من أموالهم، وقيل: أما من أموالهم فلا)**

(ش): لما ذكر أن للرجوع شروطًا شرع في بيانها، وذكر ثلاثة شروط[٤]:

الأول: أن لا يغرمه الغرماء؛ بأن يدفعو إليه ثمنها من مال المفلس أو من أموالهم، وإن فعلوا ذلك فلا مقال للبائع، ولا للمفلس، وهذا مذهب " الموازية"، وابن الماجشون زاد في "الموازية": أو يضمنون الثمن وهم ثقات، أو يعطونه حميلا ثقة.

والقول بأن ذلك ليس لهم من أموالهم لابن كنانة[٥].

ولأشهب ثالث: ليس لهم أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يجعلونها من دينهم، وتكون السلعة لهم نماؤها، وعليهم تواؤها.

ومذهب "المدونة": أن نماء السلعة للمفلس، ومصيبتها منه.

---

(١) أخرجه أبو داود، رقم (٣٥٢٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه: أبي المعتمر بن عمرو المدني وهو مقبول.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٥) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

وقال ابن الماجشون: إنَّ الربح والنماء له، والخسارة على الغرماء.

وقال ابن وهب: إن لم يرض المفلس بفدائها فنماؤها له؛ لأنها على ملكه، وهلاكها منهم؛ لأنه تبرأ منها للبائع في دينه، وإن رضي، فيكون نماؤها له ومصيبتها منه.

فرع:

إذا تبرع إنسان بقضاء ما على غيره وأجبر الطالب على أخذه، إذا كان قصد الدافع التخفيف عمن عليه الدين، ولم يقصد هبة صاحب الدَّين.

وقال الشافعي: لا يجبر؛ لأن ذلك منه، ولا يجبر أحد عليها، هكذا أشار المازري في نقل المذهبين، فانظره[١].

(ص): **(ولو قبض بعض الثمن فله رَدُّهُ وَأَخْذُهَا، أو الضرب بالباقي)**

(**ش**): كما لو باعه دارًا بألف، وقبض منها خمس مائة، فَإِمَّا أن يتركها ويحاصص بالخمس مائة الباقية، وإما أن يرد الخمس مائة ويأخذ داره[٢].

فإن تعدد المبيع، كما لو باع عبدين بعشرين دينارًا، فاقتضى من ثمنها عشرة، وباع المشتري أحدهما، وبقي الآخر عنده، وفلس، فأراد البائع أخذ العبد الباقي منها، فليس له أخذه، إلا أن يرد من العشرة التي اقتضاها خمسة؛ لأن العشرة الأولى كانت مفضوضة عليهما.

وهذا إذا كانت قيمتهما متساوية، وإلا فض العشرة المقتضاة أولا عليهما، ورد حصة الباقي، وهذا هو المشهور، وتَأَوَّل الباجي " الموطأ " عليه، وتأوَّل أبو جعفر بن رزق " الموطأ " على ظاهره، وأن البائع لا يأخذ ما وجد من السلع، إلا أن يرد جميع ما قبض[٣].

ونص " الموطأ": وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرَّقه، فصاحب المتاع أحق به من الغرماء، ولا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه، فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئًا فأحب أن يرده، ويقبض ما وجد من متاعه، ويكون فيما لم يجده أسوة للغرماء، فذلك له[٤].

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٤) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

ونسب الغزالي لمالك: أن قبض شيء من الثمن فوت يمنع البائع من الرجوع في سلعته، وأنكره المازري وحمله على أنه فهم ذلك من دليل الخطاب في الحديث الذي رواه مالك في "موطأه"، حيث قال فيه: "وَلَمْ يَقْبِضِ الْبَائِعُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا"[١] فعزاه إليه، ونسب (ع) مثل ما نسبه الغزالي لـ " الموطأ"، لأبي زيد.

(ص): **(ولو أخذها فوجد بها عيبًا حَادِثًا، فَلَهُ رَدُّهَا ويُحَاصُّ، أو حبسها ولا شيء له)**

(ش): يعني فلو أخذ البائع سلعته، فاطلع فيها على عيبٍ حادث عند المفلس، فالبائع مخير: إن شاء رَدَّهَا وحاص بمجموع ثمنها، وإن شاء تمسك بها[٢].

واعلم أن العيب إما أن يكون بسماوي، أو بسبب المشتري، أو بسبب أجنبي، فالحكم في السماوي كما ذكره المصنف، على المشهور.

ولمالك في "مختصر ابن شعبان"، في الأمة تتعيب: يخير البائع: إن شاء أخذها بقيمتها، وإلا ردها وحاصص[٣].

المازري: قال بعض أشياخي: معنى أخذها بقيمتها أنه يحط من الثمن ما نقص العيب، قال: ويحتمل أن يريد أنه يأخذها بقيمتها على ما هي، ويحاسب بذلك من الثمن[٤].

وَخَرَّجَ بعض الشيوخ قولا بالفوات، إذا اشترى عبدًا فهرم عنده ثُمَّ فُلِّس، أو صغيرًا فكبر، - من أحد القولين - أنَّ ذلك يمنع الرد بالعيب.

وإن كان ذلك بفعل من المشتري، كما لو أخلق الثوب، فلمالك في "الواضحة " ما ذكره المصنف، وقال بن الماجشون: إلا أن يكون الثوب بلي بلاءً فاحشًا، فذلك فوت.

وحمل اللخمي قوله على الخلاف.

وقال اللخمي والمازري: والقياس، فيما كان بسبب المشتري أن يكون كجناية أجنبي بحسب النقص، وذكر أن الحكم في جناية الأجنبي: أنَّ للبائع أخذ سلعته بمقدار قيمة ما بقي منها بعد الجناية من قيمة الذَّاهب، ينسب ذلك من الثمن، وإن كانت الجناية النصف خير في أخذها بنصف الثمن.

---

(١) انظر: السنن الكبرى، للبيهقي: ٤٦/٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢١٨/١، وشرح مختصر خليل: ٣٩٩/٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

ولو أخذ لها المشتري أرشًا، فإن عادت إلى هيئتها من غير نقصٍ، فَكَمَا ذكر المصنف، وأجراه مجرى الغلات، وإلا حُسِب النقص[١].

(ص): **(فلو حَاصَّ لِعَدَمِهَا، ثُمَّ رُدَّتْ بعيبٍ، فله رَدُّ مُحَاصَّتِهِ وَأَخْذُهَا، وقيل: حُكْمٌ مَضَى)**

(ش): يعني فلو حاصَّ الغرماء لأجل عدم سلعته، ثم ردت على المفلس بعيبٍ وجد بها، فلصاحبها رد ما حاصَّ به وأخذ سلعته؛ لأنه لم يحاصَّ إلا ظَانًا أَنَّهُ لا يجد سلعته؛ فعذر لذلك[٢].

وهو قول ابن القاسم في "العتبية"، وهو المذهب[٣].

والقول الثاني ليس منصوصًا، وإنما هو اختيار اللخمي، وأخذه هو والمازري من قول ابن حبيب - فيمن اشترى سلعةً، ثُمَّ باعها، ثم اطَّلَعَ على عيبٍ، فرجع بقيمته، ثم رد السلعة عليه -: إنه لا يردها على الأول؛ لأن رجوعه حكم وقع؛ فلا يرد.

وقد يجري على الخلاف في الرد بالعيب، هل هو نقص للبيع من أصله؛ فتنقص المحاصة، أو ابتداء بيع؛ فلا تنقص؟ والله أعلم[٤].

(ص): **(ومنها قيام الغرض)**

(ش): يعني ومن شرط الرجوع في عين السلعة: ألا يحدث ما ينقلها عن الغرض المقصود منها.

وفي بعص النسخ: (ومنها انتقال المعوض)؛ فيصح على حذف مضاف، أي عدم انتقال المعوض.

(ص): **(فلو طُحِنَتِ الحنطة، أو خُلِطَتْ بِمُسَوِّسٍ، أو عُمِلَ الزُّبْدُ سمنًا، أو فُصِّلَ الثَّوْبُ، أو ذبح الكبشُ، فاتَ)**

(ش): (فات)؛ أي الرجوع.

وهذه مسائل وقعت في المذهب منصوصة، كما ذكره المصنف، وحكم فيها بالفوات؛ لأن الحنطة إذا طحنت، والزبد إذا عمل سمنًا يزول عنه اسم الحنطة والزبد، وسميا: دقيقًا وسمنًا، ويزول منهما الغرض المقصود، وكذلك أيضًا يزول المعنى

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.
(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.
(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.
(٤) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

المقصود إذا خلط الطيب بمسوس أو ذبح الكبش[١].

وليس دبغ الجلد مفيتًا - على المشهور - خلافًا لابن وهب في أحد قوليه.

وعلى هذا المعنى الذي أشرنا إليه من اعتبار الغرض المقصود نَبَّهَ الإمام فيما رواه مطرف عنه، لما سئل عمن اشترى ثيابًا فقطعها، فقال: لا أدري، لكن إن اشترى جلودًا فقطعها نعالا أو خفافًا، فذلك فوت. فلم يقف في قطع الجلد نعالا؛ لما كان الغرض في الجلد خلاف الغرض في النعال، وأشكل الأمر بالنسبة إلى تفصيل الثياب[٢].

وحكى المازري عن بعض الشيوخ: إن خلط النقي بالمتلوث، والجديد بالمسوس، لا يمنع البائع من الرجوع، ويقوَّمان، ويكون البائع أحق بما يصير له من القيمة.

وأشار المازري إلى أنه: إن بنينا على أن التفليس كنقض بيع من أصله أجزنا أخذ الشاه بعد ذبحها، والقمح بعد طحنه، والزبد بعد كونه سمنًا، وإن قلنا: هو ابتداء بيع منعنا هذا كله[٣].

وأُجري على هذا الأصل ما إذا باع رطبًا ثم يبس، فقال مالك: لا يجوز أخذه، وقال أشهب بجوازه.

وأما إذا باع عبدًا فأبق عند المشتري ثم فلس؛ فذهب أصبغ إلى أن بائعه ليس له طلبه وترك المحاصة؛ بناء على أن الأخذ عند المفلس كابتداء بيع، وذهب ابن القاسم وأشهب إلى جواز طلبه، واختلفا إذا لم يجده؛ فقال ابن القاسم: ليس له الرجوع إليها.

و: (المسوس)، بكسر الواو المشدَّدة.

(ص): **(فلو لم ينقل، ولكن انضمت إليه صناعة أو عين أخرى، كنسخ الغزل وبناء العرصة، شارك بقدر قيمتها من قيمة البنيان)**

(ش): يعني فإن لم ينتقل الغرض، ولكن انضمت إلى المبيع صناعة أو عين أخرى.

و: (نسج الغزال)، مثال لما انضمت إليه صنعة.

و: (بناء العرصة)، مثال لما انضمت إليه عين أخرى.

واكتفى المصنف بكيفية المشاركة في بناء العرصة عن كيفيتها في النسخ، وما ذكره من كيفية المشاركة، نحوه في "الموطأ"؛ فقال: إذا كانت قيمة المجموع ألفًا وخمس

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٤/٥، وإرشاد السالك: ١٦٥/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

مائة وقيمة البنان ألف درهم، يكون لصاحب البقعة الثلث، ولصاحب البناء الثلثان.

مالك: وكذلك الغزل ونحوه[١].

ابن حبيب: وقاله أصحاب مالك كلهم[٢].

ابن القاسم في "المدونة": ولا يقوم البناء حائطًا حائطًا، وإنما يقوم المجموع يوم الحكم.

وعورضت هذه المسألة بمن استحق عرصةً بعد أن بناها المستحق منه، فإن مالكًا نَصَّ على أن للمستحق أن يعطى قيمة البناء، وتكون الأرض والبناء له؛ فلم لا يجعل البائع هنا كذلك؟

وأجاب المازري: بضعف أمر المشتري في الاستحقاق؛ لأنه أخطأ في اعتقاده، وبنى في أرض لا يملكها في باطن الأمر، بخلاف المشتري في التفليس؛ فإنه بنى في أرض مملوكة ظاهرًا وباطنًا[٣].

واستشكل (ر) وعدم الفوات في الغزل، قال: لأنه لا يسمى بعد النسج: غزلا، وإنما يسمَّى: ثوبًا أو رداء، كما أن الثوب فصل سُمِّي: قميصًا أو سراويل.

وأجاب (ع) بأن المصنف لم يجعل المقتضي للحكم فيما تقدم هو انتقال الاسم، وإنما جعله انتقال الغرض، وقد انتقل هناك ولم ينتقل هنا.

بعض الشيوخ: ويشبه أن يكون النسج فوتًا.

(ع): وذكر ذلك بعضهم قولا لابن القاسم[٤].

وعلى المشهور، فالشركة في مسألة الغزل بين البائع والمشتري بقيمة النسج وقيمة الغزل.

واختلف المذهب فيمن اشترى أرضًا فبنى فيها، ثم اطلع على عيب: هل يكون بناؤها فوتًا يمنع من الرد بالعيب، ويوجب أخذ قيمة العيب، أو ليس بفوت[٥]؟

فأشار بعض الشيوخ إلى تخريج الخلاف في مسألة الفلس من مسألة العيب، وأشار غيره إلى الفرق بأن مسألة العيب وجد فيها تدليس من البائع، أو تفريط أوجب

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٨/٣.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٦٢٣/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٦/٧.

(٥) انظر: المدونة: ٧٨/٤، والتلقين: ١٦٩/٢.

رجحان حق المشتري عليه، وذلك مفقود في مسألة الفلس(١).

(ص): **(فأما لو خلطه بمثله فله مكيلته)**

(ش): أي في الجودة والرداءة، كما لو خلط قمحًا أو زبيبًا أو عسلا بمماثل، وشمل قوله: (خلطه بمثله)، العين، وهو المذهب، خلافًا لأشهب، كما تقدم، ابن القاسم وإن **خلطه** بشيء اشتراه من آخر كان أحق به، ويتحصان فيه(٢).

(ص): **(ويأخذ الولد، بخلاف الثمرة والغلة)**

(ش): يعني وإذا أراد البائع أخذ سلعته، فإنه يأخذ ولد الأمة، أو غيرها من الحيوان؛ لأنه كالجزء منها، بخلاف الثمرة والغلة، فليس له أخذهما؛ لأنهما من الخراج التابع للضمان.

وعطف المصنف الغلة على الثمرة من عطف العام على الخاص، ويحتمل أن يريد بالغلة ما ليس قائم العين.

ومراد المصنف بالثمرة والغلة ما انفصلت قبل ذلك، ولم تكن الثمرة مأبورة يوم التبايع، أما إذا كانت مأبورة فسيستثنيه بقوله: إلا موصوفًا، إلى آخره.

وأما إذا لم تنفصل فالمشهور: أن البائع يأخذها مع الأصول، ولو يبست ما لم تَجُذ، بخلاف الشفعة؛ فإنه يأخذها الشفيع ما لم تيبس؛ لأنها ما دامت معلقة بالأصول، كأغصان الشجر.

والشاذ وقع لابن القاسم وغيره: أنه لا يأخذها إذا أُبِّرَت.

واتفق في الصوف أنه يأخذه قبل الانفصال. والفرق - على الشاذ - بينه وبين الثمرة: أن الصوف يكون للمشتري بمجرد العقد، والثمرة المأبورة لا تكون له بمطلق العقد(٣).

وفي "البيان": إن اشترى الأصول ولا ثمر فيها، أو فيها ثمر لم يُؤَبَّر ثم فلس، فأربعة أقوال؛ أحدها: إن البائع أحق بالثمرة ما لم تؤبر، وذلك يتخرج على قول أصبغ في الرد بفساد البيع؛ لأنه إذا قيل فيه: إن الثمرة تبقى للمبتاع وإن لم تطب - إذا كانت قد أُبِّرَت -؛ فأحرى أن تبقى للغرماء(٤).

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٤، وإرشاد السالك: ١/١٦٥.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/١٨٨.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٤، والكافي: ١/٤١٩.

والثاني: إن البائع أحق بها ما لم تطب، وهو قول ابن القاسم في "العتبية".

والثالث: إنه أحق بها ما لم تيبس.

والرابع: إنه أحق بها ما لم تجذ وهو نص ما في "المدونة"[(١)].

(ص): **(إلا صُوفًا كان على ظهورها، أو لَبَنًا في ضُرُوعِهَا، أَوْ ثَمَرَةً كان اشترطها المُبْتَاعُ مَأْبُورة)**

(ش): لما ذكر أن البائع لا يرجع في الغلة، استثنى من ذلك الثمرة المأبورة إذا اشترطها المشتري، والصوف التام وهذا هو المشهور، خلافًا لأشهب في قوله: إنه لا يرجع فيهما؛ لأنهما من الغلات. وجه المشهور: أنه إذا كان الصوف تَامًّا، والثمرة مأبورة يصيران مقصودين؛ فلهما حصة من الثمن؛ فيكون بمنزلة من باع سلعتين؛ وعليه؛ فلو باع المشتري الصوف، وأراد البائع أن يأخذ الغنم، نُظِرَ: كم قدر الصوف من الرقاب؟ لا إلى ما باعه به؛ فيأخذ الغنم، ويحاص الغرماء بما يخص الصوف، وقاله ابن القاسم في "العتبية" و"الموازية" و"الواضحة".

وما ذكرناه من اعتبار الإبار هو المشهور، وقيل بالإزهاء، وقال يحيى: إن جدَّه تمرًا رَدَّ مكيلته، وإن جده رطبًا ردَّ قيمته، وله أجر سقيه وعلاجه، وقال ابن حبيب: ليس له ذلك؛ لأنه إنما أنفق على ماله، وضمانه منه.

وتعقب ابن يونس كلام يحيى؛ فقال: إنما يصح في الرد بالعيب وأما التفليس، فإذا فاتت الثمرة مضت بما ينوبها من الثمن، وحاص البائع بذلك الغرماء، كما نَصَّ عليه ابن القاسم في الصوف[(٢)].

وجعل المصنف اللبن إذا كان في الضرع كالصوف التام؛ تبعًا لابن شاس؛ وفيه نظر؛ لأنه نص في كتاب العيوب من "المدونة" على عدم رده في العيب، وإن كان في الضروع يوم التبايع؛ لخفته[(٣)].

وهو ظاهر ما في التفليس منها؛ لأن فيها: وأمَّا ما كان من غَلَّةٍ أو صوفٍ جَزَّهُ، أو لبن حلبه فذلك للمبتاع، وكذلك النخل يُجنى ثمرها فهو كالغلة؛ إلا أن يكون على الغنم صوف قَدْ تَمَّ يوم الشراء، أو في النخل ثمر قد أُبِّر، واشترط ذلك الثمر

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٥٩/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٣/٣.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

فليس كالغلة[١].

فحكم أولا بأن الغلة والصوف للمبتاع، ثم لم يستثن إلا الصوف التام والثمرة المأبورة؛ ولا يُقال: إنما نصَّ على عدم الوجوب في الرد بالعيب، لا في التفليس؛ لأنه لا فرق بين البابين، ولأن تعليله بالخفة يدخل البابين.

ولخفة اللبن أجاز مالك - في غير "المدونة" - لبنًا مُعَجَّلا بِشَاةٍ لَبُونٍ إلى أَجَلٍ.

عبد الحق: ولا يلزم عليه جَوَازُ جَزَّةِ صوف معجلة بشاة عليها جزة من صوف إلى أجل؛ لأن الصوف كسلعة؛ فيكون كصوف بصوف إلى أجل وزيادة.

وقول المصنف: (أو ثمرة كان اشترطها)، قال: (اشترطها)؛ لأن المأبورة لا تدخل إلا بالشرط، كما تقرر في البيوع.

واحترز بالمأبور من غيرها؛ فإنها لا حِصَّةَ لَهَا، وللبائع أخذها إذا كانت باقية مع أصولها، وأما إن جُدَّتْ أو جُزَّ الصوف، فقال المازري: المشهور أن الصوف إذا جُزَّ وكان قائمًا بعينه، يرد مع الغنم، وأمَّا الثمرة فلا ترد مع الأصول، إذا جُدَّت، ولو كانت قائمة، ولكن يحاصص بما ينوبها من الثمن[٢].

قال: ولا فرق بينهما، وأقصى ما يتصور أن الثمرة لو أخذها بعد الجد، لكان كمن اشترى رطبًا وأخذ عنه تمرًا يابسًا، لاسيما إِذَا قُلْنَا: إن رَدَّهَا في الفلس كابتداء بيع[٣].

(ص): (فإن يَبِسَتْ الثمرةُ في يَدِ المفلس ففي رُجُوعِهِ قولانِ؛ بناءً على أَنَّهُ نَقْضٌ، أو بَيْعٌ ثَانٍ)

(ش): يحتمل أن بيع الثمر وجدَّه بعد ما أزهى وحلَّ بيعه، فإن فلس المشتري قبل يبسه كان للبائع أخذه، وإن فلس بعد ما يبس فقولان؛ الأول: في "العتبية"، وأخذ به أشهب: أنه أحق به؛ لئلا يُؤَدِّي إلى بيع الرطب بالتمر.

وقوله: (بناء) إلى آخره؛ أي فإن قلنا: هو نقضٌ للبيع من أصله كان أحق به، وإن قلنا: هو ابتداء بيع لم يجز؛ لما ذكرنا من بيع الرطب بالتمر، ومشى روع كلام المصنف على هذا الوجه، وهو الذي يؤخذ من " الجواهر"[٤].

ويتخرج على هذا الخلاف: إذا باعه زبدًا فصار سمنًا أو قمحًا فطحنه. ذكر ذلك

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٦، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٨.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٨، وشرح مختصر خليل: ٢/٣٩٩.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٣، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٦.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٤، وإرشاد السالك: ١/١٦٥.

المازري، وقد تقدم من كلام المصنف أنه يفوت بذلك.

ويحتمل أن (ال)، في (الثمرة): للعهد؛ أي فإن يبست الثمرة التي اشترطها المبتاع مأبورة.

وقد ذكر الباجي القولين فقال: إن فلس المبتاع قبل أن تجد فهو أحق بالأصل والثمرة، ما لم تجد. قاله مالك، وقال أيضًا: ما لم تيبس.

ابن القاسم: والأول هو القياس، والثاني استحسان، وهو أحب إلي، وكذلك ذكر في "البيان " هذين القولين، وزاد ثالثًا: إنه أحق بها مطلقًا؛ أي: وإن جدت.

قيل: ويحتمل أن تكون (ال)، في (الثمرة): للجنس، فيشمل الصورتين؛ أعني المشتراة بمفردها أو مع أصولها.

وفي بعض النسخ عوض: (فإن يبست الثمرة): (فإن لم تيبس)[1].

(ع): وفيها قلق، إلا أن يُقالُ: إنه أراد مسئلة ما لو اشترى النخل ولا ثمر فيها أو فيها ثمرة لم تؤبر، ففلس المشتري، وقد طاب الثمر، فقال ابن القاسم: هو للغرماء، وقال مالك: ذلك للبائع، ما دام في رؤوس النخيل، لكن تنزيل هذه الصورة على كلام المصنف بعيد، ولاسيما الأصل الذي بنى القولين عليه. انتهى[2].

ولأن مقتضاها أن الثمرة إذا يبست لا يكون أحق بها بالاتفاق، ولأن القول بأنه لا يكون أحق بها قبل اليبس لم أره[3].

(ص): (ويأخذ بعض المبيع، ويحاص بما يخص الفائت من الثمن)

(ش): يعني إذا باعه سلعتين أو أكثر، ثم فلس المشتري بعد ذهاب بعض السلع، فإن البائع يحاص بما يخص الفائت من الثمن، وله أن يرجع فيما وجده.

محمد وأصبغ: إلا أن يدفع له الغرماء ثمن الباقي من السلعتين من مال المفلس ومن أموالهم[4].

واختلف: هل يكونون أولى بثمنها حتى يستوفوا من ثمنها ما فدوها به، أو يدخل معهم فيها بثمن الفائتة؛ لأنهم كأنهم أسلفوا المفلس ثمنها سلفًا؟ التونسي: وهذا القول الآخر كقول ابن القاسم.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠١/٦، ومنح الجليل: ٦/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٤/٢، والكافي: ٤١٩/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٠/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٤٩/٢.

(٤) انظر: المدونة: ٧٩/٤، والتلقين: ١٧٠/٢.

ابن يونس: وهو ظاهر قول مالك.

التونسي: والأول اختيار محمد؛ وذلك لأنهم حَلُّوا محل صاحبها في الاختصاص بها؛ فلا يكون له أن يحاصصهم إلا فيما فضل عما فدوها به في بقية مال المفلس.

(ع): وما ذكره المصنف بَيِّنٌ إِنْ قُلْنَا: إن رَدَّ السلعة في الفلس كابتداءِ بَيعٍ، وَأَمَّا على القول بأنه نقض بيع، فينبغي أن يفصل في السلعة الفائتة بين أن تكون وجه الصفقة، أم لا، ويسلك بذلك مسلك استحقاق بعض المبيع[1].

(ص): **(وروى ابن القاسم: ولو ولدت الأمة، ثم مات أحدهما، أو بيع الولد لم تكن له حصة، وقيل: كسلعتين. ولو بيعت الأم فكسلعتين؛ قال سحنون: ما أدري ما هذا!)**

(ش): حاصله: إن مات الولد أو الأمة، فليس للبائع إلا أخذ الباقي بجميع حقه، أو تركه والمحاصة، وأمَّا إن باع أحدهما؛ فإن باع الولد فالمشهور أن ذلك كموته، وإن باع الأم فكسلعتين، فله أن يأخذ الولد ويحاصص بما ينوب الأم.

وأنكر سحنون هذا بقوله: (ما أدري!)[2].

اللخمي: يريد أن القياس أن يكون في البيع سواء[3].

وقوله: (وقيل كسلعتين)، راجع إلى بيع الولد لا إلى موت أحدهما؛ إذ لا خلاف في الموت، قاله في "البيان".

ومعنى: (كسلعتين)؛ أي كبيع سلعتين، ثم وجد إِحْدَاهُمَا؛ فيكون له أخذ الأم، والإتباع بما يخص الولد من الثمن يوم البيع، وهو منقول عن مالك وابن القاسم، المازري: وهو أصل المذهب. انتهى[4].

يريد: لأن الولد إذا لم يكن غلة يجب رد عينه إذا كان قائمًا؛ فيجب أن يحاسب بسمنه؛ ولهذا أخذ بعض محققي الأشياخ من الأول أن الولد غلة، وزاد في "البيان " ثالثًا: إنه يأخذ الأم، ويحاص الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد، قال: وليس بجارٍ على أصل[5].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٣٥/٥، وإرشاد السالك: ١٦٦/١.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢١٩/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٠/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٤/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٧/٧.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٥/٢، والكافي: ٤٢٠/١.

(٥) انظر: الذخيرة: ١٦٠/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٤/٣.

وقوله - فيما إذا بيعت الأم -: (فكسلعتين)، هو المشهور؛ فيكون للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن ويحاص بما ينوب الأم، ووقع لابن القاسم عن مالك، في سماع عيسى، في بعض روايات "العتبية": أَنَّهُ يَأْخُذُ الولد ويحاص بقيمة الأم، أو يترك الولد ويحاص بجميع الثمن.

ابن رشد وغيره: لم يجروا في هذه المسألة على قياس[١].

(ص): **(ولو رُهِنَ العَبْدُ فَلَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ ويأخذه، وَيُحَاصَّ بفدائه، ولا يُحَاصَّ بفداء الجاني؛ إذ ليس في ذمة المفلس)**

(ش): يعني لو رهن المشتري العبد ثم فلس، فللبائع أن يفديه ويأخذه، ويضرب بالفداء مع الغرماء؛ بخلاف ما لو جنى العبد، ثم فلس المشتري، فإن البائع أيضًا لَهُ أن يفديه، لكن لا يحاصُّ بفدائه[٢].

والفرق بينهما ما أشار إليه المصنف: أَنَّ الفداء لم يكن متعلقًا بِذِمَّةِ المفلس؛ لأَنَّهُ كَانَ له أن يسلم العبد في الجناية، بخلاف الدَّين في مسألة الرهن فإنه كان في ذمته.

(ع): ومراد المصنف بقوله: (ولا يحاص بفداء الجاني)، أنه لا يرجع بالجناية، وإن كان نفي المحاصة أخص من نفي رجوع البائع، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم، لكن مراده ما ذكرنا[٣].

(ص): **(ومنها: أن يكون مُعَاوَضَةً مَحْضَةً)**

(ش): هذا هو الشرط الثالث، واحترز به مِمَّا ذكره بقوله:

(ص): **(فلا يَثْبُتُ في النِّكَاحِ والخُلعِ والصُّلحِ؛ لتعذر استيفاء العوض، بخلاف الإجارة)**

(ش): يعني ولاشتراطنا المعاوضة المحضة؛ لم يثبت الرجوع في النكاح وما عطف عليه.

ووقع في بعض النسخ: (ولا يثبت)، بالواو، والأول أحسن؛ لأن الفاء تشعر بالسببية.

وقوله: (في النكاح)، يريد أنَّ النكاح لا يفسخ لتعذر استيفاء العوض - وهو الصداق - إذا أعسر الزوج، كما يفسخ البيع إذا تعذر استيفاء الثمن.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٢/٦، ومنح الجليل: ٧/٦، وما بعدها.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٩١/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٠/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٧/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٩/٣.

غإن قلت: أطلق المصنف في النكاح، وفيه نظر؛ لأن النكاح يفسخ إذا أعسر الزوج بالصداق قبل البناء؟!

قيل: هذا لا يُرَدُّ؛ لأن المشتري هنا للبضع - وهو الزوج - لم يقبضه، والكلام إنما هو في الرجوع بعد قبض المشتري[١].

وقوله: (والخلع)؛ أي إذا خالعته على عشرة مثلا ثم فلست، فإنه لا رجوع له في العصمة، وإنما يحاصص[٢].

(خ): والظاهر أن المقتضي هُنَا لعدم الرجوع ليس هو ما ذكره المصنف، من أنه ليس بمعاوضة محضة، بل لتعذر الرجوع، وذلك لأن العصمة في الخلع لا يمكن ردها، وكذلك البضع في النكاح، وكذلك إذا صالح على دم العمد بشيءٍ، ثم فلس الجاني، لم يمكن العود في القصاص، وعلى هذا؛ فلو قال: ومنها إمكان استيفاء العوض؛ فلا رجوع في النكاح، والخلع والصلح، لكان أحسن[٣].

وينبغي أن يلحق بهذا الصلح على الإنكار، ثم يفلس المنكر، فإنَّ المُدَّعِي يُحاصص بما صالح به، ولا يرجع في الدَّعوى، كما قالوا: إذا صالح المنكر على عرض، ثم استحق العرض؛ فإنه يرجع بقيمته، وقيل: يرجع إلى الخصومة.

وأما الصلح على الإقرار، كَمَا لَو صَالَحَ على دَارٍ أو عرض أَقَرَّ بِهِ، ثُمَّ أفلس؛ فإنه يرجع المصالح في الدار والعرض؛ كالبيع.

والظاهر: أن الصلح على الإقرار خارج من كلامه؛ لأن الصلح على الإقرار معاوضة محضة.

وفاعل: (يثبت)، عائد على الرجوع، وفي بعض النسخ: (فلا يثبت الفسخ)، ومعناهما متحد.

وقوله: (بخلاف الإجارة)؛ فإنه يرجع في منفعته التي آجرها؛ لعدم تعذر استيفاء العوض[٤].

فرع:

واختلف: هل تحاص الزوجة الغرماء بصداقها؟

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٤، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢١٩، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠٠.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٤، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٧.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩١، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٠.

المشهور: أنها تحاص به في الموت والفلس.

وقيل: لا تحاص فيهما.

وفي "الجلاب": تحاص به في الفلس دون الموت[١].

وكذلك اختلف في نفقتها؛ فقال ابن القاسم في النكاح الثاني: تضرب بها مطلقًا.

سحنون: إذا كان الدَّينُ مُسْتَحْدَثًا، ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق، وفي "الموازية": تضرب في الفلس فقط، وقيل: لا تضرب فيهما[٢].

ابن القاسم: ولا يضرب بنفقة الولد أو الأبوين في فلس ولا موت، وقال أشهب: يضرب للولد مع الغرماء. وقال أصبغ - في نفقة الأبوين -: إلا أن تكون أخذت بحكم وتسلفت وهو مليء؛ فتضرب بها في الفلس والموت[٣].

اللخمي: ويختلف على هذا، هل يحاص بالجنايات؟ ففي "المدونة": يحاص بها، وعلى القول الآخر: لا يحاص بها.

(ص): (ويرجع المُكرِي إلى عين دابته، وداره، وأرضه، وهو أحقُّ بزرعها في الموت والفلس، وقيل: دون الموت مع الأجير الساقي، وقيل: ثم الأجير الساقي)

(ش): قوله: (ويرجع المكري إلى عين دابته وداره وأرضه) ظاهر التصور، وهو كالبيان لقوله: (بخلاف الإجارة).

(وهو أحق)؛ أي: مكري الأرض أحق بما زُرع في أرضه في موت المكتري وفلسه، وقيل: إنما يكون أحق في الفلس فقط[٤].

وهذا الثاني هو مذهب "المدونة"؛ نَصَّ عليه في آخر كتاب كراء الدور.

المازري: وهو مذهب مالك وأصحابه، فكان ينبغي للمصنف تقديمه.

والأول لابن القاسم في "الموازية" وأصبغ، ووجهه: أن الزرع إنما نشأ عن الأرض؛ فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز صاحبها؛ فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات، وهي في يد بائعها[٥].

ورأى في المشهور: أن الزرع لما نشأ عن الأرض فغايته أن يكون كأنه باع الطعام؛

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٥/٢، والكافي: ٤٢٠/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٥/٥، وإرشاد السالك: ١٦٦/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠٢/٦، ومنح الجليل: ٧/٦، وما بعدها.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢١٩/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٠/٢.

(٥) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٧/٢، وحاشية الدسوقي: ٢١٩/٣.

فيكون أحق به في الفلس فقط[١].

وقوله: (مع الأجير الساقي) إلى آخره، يحتمل أن يتعلق بـ: (أحق)؛ فيكون القولان في الأجير مفرعين على كل من القولين السابقين، ويحتمل أن يتعق بـ: أحق، المقرر في كلامه ثانيًا؛ أي وقيل: هو أحق في الفلس دون الموت مع الساقي؛ فيكون القولان مفرعين على الثاني، ويعضد هذا الاحتمال الثاني ما نقله ابن يونس؛ أن ابن القاسم وأشهب رويا: أن مكري الدَّابة أحق من سائر الغرماء في الفلس دون الموت.

ثم اختلفا في مكري الأرض والأجير، ففي "الموازية" من رواية أشهب، و"الواضحة" من رواية مطرف: إنهما يتحاصان، وروى ابن القاسم: أنَّ صاحب الأرض مُقَدَّمٌ على الأجير، ثُمَّ الأجير مُقَدَّمٌ على الغرماء؛ ويعضد الأول قول أصبغ: اختلف أصحابنا بمصر، وأحبُّ ما فيه إليَّ أن أجير الزرع ومكري الأرض يتحاصان، وأنهما مُبْدَءَانِ على الغرماء في الموت والفلس، وقاله ابن الماجشون[٢].

(خ): وهذا الاحتمال أقرب؛ لأنه تفريعٌ على القول الذي قدمه؛ نعم يعترض عليه؛ لتقديمه غير مذهب "المدونة".

ومنشأ الخلاف بين القولين - في تقدمة مُكري الأرض على الأجير -: هل الزرع متكون عن الأرض، فيكون صاحبها أحق به، أو إنما نشأ عن الأرض وفعل الأجير؛ فيكونان متساويين؟ والله أعلم.

وزاد في "البيان " قولا بأن الأجير مقدم على صاحب الأرض، وقولا بأنه لا تقدمة لصاحب الأرض، ولا للأجير على الغرماء، بل هما أسوة الغرماء، وعزاه اللخمي للمخزومي[٣].

ولو عمل في الزرع أجيران؛ واحدًا بعد واحد، فالأخير أحق من الأول، وقيل: يقدم أكثرهما عملا، وقيل: يتحاصان[٤].

(ص): (**ويقدمان على مرتهن الزرع**)

(**ش**): أي ويقدم مكري الأرض والأجير الساقي على مرتهن الزرع، ولو حازه.

---

(١) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٠، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٤، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٧.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٥، وإرشاد السالك: ١/١٦٦.

(٤) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٥، والكافي: ١/٤٢٠.

مالك وابن القاسم: ثم يقدم المرتهن على سائر الغرماء[1].

وإنما قدما عليه؛ لأن الزرع إنما تكوَّن عن مال هذا، وعمل هذا؛ فكانا أخص في الحوز، وصاحب الحوز الأخص مُقَدَّمٌ عَلَى صاحب الحوز الأعم؛ كَمَا لو سقطت سمكة في حجر الإنسان، فإنه أولى بها من صاحب المركب[2].

وعلى المشهور - أنهما يكونان أحق من الغرماء في الفلس دون الموت - يكون المرتهن أحق منهما في الموت؛ لأنهما على هذا القول كسائر الغرماء.

(ص): **(بخلاف الأجير على رعاية الأبل وعلفها وشبهه)**

(ش): أي فلا يكون أحق في الفلس والموت، هكذا نَصَّ عليه في "المدونة" وغيرها.

(ع): ولا أعلم فيه خلافًا.

قوله: (وشبهه)؛ أي: كالحارس، أو أجير يخدمك في بيتك، أو يبيع لك في حانوتك[3].

ولم يكونوا هؤلاء أحق؛ لأن منافعهم ليس لها أعيان قائمة، بخلاف الزرع.

وقال في "المدونة": ولو استأجره يدرس له ببقر الأجير، ففلس صاحب الأندر، فصاحب البقر أحق بالأندر.

ابن المواز: لأن الأندر لا ينقلب به صاحب، ولا يحتوي عليه، بخلاف صانع استعملته في حانوتك، فإذا كان الليل انصرف، هذا لا يكون أحق به في فلس ولا موت[4].

(ص): **(والصَّبَّاغُ والبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ شريكٌ بقيمة ذلك؛ فلو أقبضه فبما زاد، ويحاص بما بقي، وقيل: بقيمته، وجميع الصناع أحق بما أسلم إليهم للصنعة)**

(ش): تبع المصنف هنا ابن شاس معنًى وترتيبًا[5].

وحمل (ع) قوله: (والصباغ والبناء والنساج) على الأجير؛ يعني أن المستأجر على صبغ ثوب، أو بناء بقعة، أو نسج غزل، إذا فلس آجره قبل قبض الأجير الأجرة، ولم

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٥، وإرشاد السالك: ١/١٦٦.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٥، والكافي: ١/٤٢٠.

(٣) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٠، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٤.

(٤) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٢، ومنح الجليل: ٦/٧، وما بعدها.

(٥) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩١، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٠.

يكن أسلم السلعة لربها؛ فإنه يكون مشاركًا لربه بقدر قيمة الصنعة[١].

ثم استشكله؛ لأن ظاهر كلامه: أنَّ الأجير لا يكون له أجرة الصنعة، ولا يحاص بها الغرماء، وهو بعيد من الأصول؛ لأن الصانع لم يخرج السلعة من يده، ولم يرض بفسخ الإجارة؛ فكيف يبطل حقه فيها؟!

وجعل (ع) قوله: (فلو أقبضه) قسيمًا لهذا؛ أي وإن أسلم الصانع المصنوع إلى ربه فقولان، وتصورهما من كلام المصنف ظاهر[٢].

وقال بعض من تكلم على هذا الموضع: قوله: (والصباغ) إلى آخره، محمولٌ على ما إذا لم يسلم إليه الشيء للصنعة، كما لو اشترى ثوبًا فصبغه أو نسجه، أو عرصةً فبناها، ثم فلس، فقال ابن القاسم في "الموازية" ما ذكره المصنف: يكون شريكًا بقيمة الصنعة.

وكذلك لو استحق من يده بعد وضع صنعته فيه؛ فأخذه المستحق؛ فإنه يدفع إليه قيمة الصنعة.

قال: وإن أسلم إليه للصنعة؛ فإما أن يقبضوه لربه ثم يفلس قبل دفع الأجرة، أو يبقى بأيديهم حتى يفلس، فإن أقبضوه، فقال ابن القاسم في "الموازية": يكون شريكًا في الثوب بما زاد الصبغ فيه، ويحاص بما بقي، وقال في "العتبية": يكون شريكًا بقيمة الصبغ[٣].

وهذه الصورة التي ذكر بقوله: (فلو أقبضه فبما زاد)؛ أي: يكون شريكًا بما زاد، ويحاص بما بقي، (وقيل: بقيمته)، أي شريكًا بقيمة الصبغ ونحوه[٤].

واستشكل في "الموازية" - بأن شركة الصانع لربها بما زاد، والمحاصة بما بقي - لا تصح على أصل المذهب؛ لأن من اختار أخذ سلعته ناقصة لا يكون له غيرها.

وأما إن لم يقبضوه لربه فهم أحق به حتى يستوفوا جميع الأجرة.

(خ): المازري: في الفلس والموت؛ ابن رشد: واتفق على ذلك.

قال هذا القائل: وهذا الذي أشار إليه بقوله: (وجميع الصناع أحق بما أسلم إليهم للصنعة)، وعلى هذا؛ فلا يكون قوله: (فلو أقبضه)، قسيمًا لقوله: (والصباغ والنساج)،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٧، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٩.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٥، والكافي: ١/٤٢٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٥، وإرشاد السالك: ١/١٦٦.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٤، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٧.

بل قسيمًا لما بعده[١].

وردَّ (ع) هذا الوجه بأن المصنف قد قدمه بقوله: (فلو لم ينتقل، ولكن انضمت إليه صناعة أو عين أخرى؛ كنسج الغزل وبناء العرصة، شارك) إلى آخره؛ فلو حمل قوله: (والصباغ)، على المشتري، لزم التكرار.

وأجاب عنه هذا القائل بأنَّا لم نخصَّ قوله: (والصباغ)، بالمشتري، بل على كل من وضع صنعته من غير أن يسلم إليه المصنوع للصنعة، وهو أعم من المشتري، والمستحق من يده، وغيرهما.

وتمشية (ع) أقرب من جهة اللفظ؛ لأن صيغة (فعَّال) للحِرَف غالبًا؛ لكن لا تصح من جهة النقل؛ لأنه يلزم أن يكون الصانع إذا لم يسلم المصنوع، إنما يكون له ما زادت الصنعة، وهو خلاف الاتفاق الذي في "البيان"[٢].

واعلم أن القولين في مسألة الإقباض مطلقان، سواء أضاف الصانع إلى صنعته شيئًا من عنده كالصبغ، أم لا، كالخياطة. نقل ذلك اللخمي[٣].

وفي "البيان": إن المشهور أن الصانع إن المشهور - إذا أسلم السلعة، ولم يكن للصانع فيها غير عمل يده - أنه أسوة الغرماء، وروى أبو يزيد عن ابن القاسم: أنه أحق بعمله؛ فإن شاء أخذه بأجرته وكان شريكًا للغرماء في المتاع المعمول بقيمة عمله فيه، وإن شاء تركه، وكان أسوة للغرماء[٤].

وأما إن كان للصانع غير عمل يده، كالصباغ يصبغ الثوب، والفراء يرقع الفرو برقاع من عنده، فيتفق على أنه أحق بما خرج من يده؛ لأنه قائم بعينه، وأمَّا عمل يده المستهلك فلا يكون أحق به على المشهور[٥].

ونحوه للمازري قال: وعلى المشهور إذا كانت عينه قائمة كالرقع وصقل السيف، فقيل - وهو ظاهر الروايات -: إنه شريك بقيمة ماله؛ لأنه هو المبيع، وكأنه سلعة أضيفت إلى سلعة على وجهٍ يتعذَّرُ فيها الانفصال؛ فيكونان شريكين في ذلك.

وقال ابن حبيب: بل يكون شريكًا بما زاد الصانع.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩١/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٠/٢.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٢٦/٥.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٦٠/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٤/٣.

(٤) انظر: الاستذكار: ٥٠٢/٦، ومنح الجليل: ٧/٦، وما بعدها.

(٥) انظر: أشرف المسالك: ٢١٩/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٠/٢.

وعلى أنه شريك بقيمة ماله؛ فالمعتبر في ذلك التقويم هو يوم الحكم[١].

فإن قلت: هذا يقتضي أن نسج الثوب لا يكون الصابغ به شريكًا؛ لأنه لم يخرج من يده شيئًا، والمصنف قد جعل النساج كالصباغ؟!

قيل: النساج وشبهه مستثنى عند ابن القاسم من مسألة الصانع الذي لم يخرج شيئًا، وملحق بما إذا أضاف إلى الصنعة شيئًا، وكأنه لا حظ في النسج قوة التأثير.

ولأصبغ قول رابع إلا أنه لا يعم صورة المسألة؛ فقال: إذا كان فيه رقاع وخياطة فتوق، فالأقل تابع للأكثر، وإذا كان الرقاع أيسر ذلك وأكثره الخياطه؛ فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس، وإن كانت الرقاع أكثر ذلك؛ فهو عنده كان أحق به، على ما تقدم[٢].

وإن تناصف ذلك قومٌ، كُلُّ واحدٍ على حده، ثم يكون أسوة الغرماء في المرقوع، ويكون بما ينوب الرقاع شريكًا، وهذا كله على المشهور - أن الصبغ ليس بفوت -.

ونقل المازري عن ابن وهب في أحد قوليه: إن الرجوع يفوت بالصباغ والدباغ.

وضابطه: أن يُحدِث المشتري جواهر تتميز بالصبر ولا تتبين بالفعل[٣].

تنبيه:

قد تقرر على التمشية الثاني أن قوله: (وجميع الصناع أحق)، قسيم لقوله: (فلو أقبضه)[٤].

وأما (ع) فقال: يعني أنهم أحق في الفلس والموت. نص على ذلك في "المدونة".

قال: ولا يظهر لإتيان المصنف بهذه المسألة هنا كبير فائدة، فإن ما قدمه مُغْنٍ عنها، لا سيما وهو لم يتمها كما في "المدونة".

قال ابن القاسم: من دفع إلى صانعٍ سوارًا يعمله؛ ثم دفع إليه بعد ذلك سوارًا آخر يعمله، أو دفعهما معًا فعمل أحدهما ودفعه إلى ربه، فلم يأخذ إجارته حتى فلس ربهما، فلا يكون الصانع أولى بالباقي عنده حتى يأخذ في الذي دفع، وهو في الذي دفع أسوة الغرماء، وهو أولى بالباقي حتى يأخذ أجرته فيه.

ابن رشد: وهذا صحيح إن كان استعماله في صفقتين، وأما إن كان في صفقه،

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٥/٢، والكافي: ٤٢٠/١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٥/٥، وإرشاد السالك: ١٦٦/١.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٤/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٧/٧.

(٤) انظر: مواهب الجليل: ٥٩١/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٠/٢.

فمن حق الصانع أن يمسك السوار الذي بيده بجميع أجرة السوارين كالرهن.

قال: وهذا مما لا إشكال فيه ولا اختلاف؛ قال: وقوله: (أو دفعهما معًا)، غير صحيح؛ وقع على غير تحصيل[١].

واحتج على ذلك بأشياء وقعت في مسأله أخرى، متصلة بهذه المسألة، تركنا ذكرها اختصارًا.

أما إن فلس ربه قبل العمل فإن الصانع مُخَيَّر بين أن يعمل ويحاصص، وبين أن يفسخ الإجارة عن نفسه[٢].

(ص): (ومكري الدَّابة أحق بما حَمَلَت، وإن لَم يَكُنْ مَعَهَا)

(ش): إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئًا، ثم فلس المكتري، فرَبُّ الدَّابة أحق بما حملت دابته حتى يقبض كراءه في الموت والفلس[٣].

زاد في "المدونة": وسواء أسلم دوابه على المكتري أو كان معها، كان رب المتاع معه أم لا، وهو كالرهن، ولأن على دوابه وصل إلى البلد.

ابن يونس: وكأنها قابضة للمتاع، كقابض الرهن.

قال في "البيان": ولا خلاف أن الجمال أحق، إذا كان المتاع بيده؛ لأنه كالرهن بيده[٤].

وإن أسلم الجمال إبله إلى المكتري ففلس قبل الوصول، أو عنده قبل أن يحوز متاعه ويرد الإبل، فالمشهور الذي في "المدونة": أن الجمال أولى بالمتاع في الفلس والموت.

ويتخرج في ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يكون أحق به في الفلس والموت.

والثاني: أنه أحق به في الفلس فقط.

ابن القاسم في "العتبية": والسفن كالدواب[٥].

وأخذ ذلك جماعة من تعليله في "المدونة": وأرباب الدور والحوانيت أسوة

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٧٧، وحاشية الدسوقي: ٣/٢١٩.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٠، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٤.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٢، ومنح الجليل: ٦/٧، وما بعدها.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٠، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠١.

(٥) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٦، والكافي: ١/٤٢١.

الغرماء في الفلس والموت، وليسوا أحق بما فيها؛ فجعل الدواب بخلاف الدور؛ لأن ظهور الدواب حائزة لما عليها، ولأن في حملها من بلد إلى بلد تنحية للمتاع،؛ بخلاف الدور، وجعل عبد الملك الدور والحوانيت كالدواب؛ فيكون ربها أحق بما فيها[1].

تنبيه:

أخذ أحمد بن خالد من قوله: ولأن على دوابه وصل، أن المكري أحق بالمتاع، وإن قبضه ربه، وقال ابن رشد: وهو بعيد في المعنى، وإنما يكون أحق به إذا كان على ظهر دابته أو سفينته، وهو بين في "العتبية"، وكذلك نقل ابن يونس عن " الواضحة": أنه إنما يكون أحق ما دام المتاع بيده، فإن سلمه لم يكن أحق به، كالصانع إذا سلم المتاع[2].

(خ): ولعل أحمد بن خالد فهم قوله في "المدونة": كالرهن، ولأن على دوابه وصل، على أنهما علتان على البدل، وفهم غير أنهما علة واحدة. والله أعلم.

(ص): **(والمكتري أحق بالدابة المعينة وبغير المعينة، إن قبضها)**

(ش): يعني أن من اكترى دابة؛ فإن كانت معينة، ثم فلس مكريه أو مات، فالمكتري أحق بها، سواء قبضها أم لا[3].

قال في "المدونة": كعبد اشتراه ولم يقبضه حتى فلس بائعه، فالمشتري أحق.

وإن كان غير معينه، فإن لم يقبضها المكتري، فهو أسوة الغرماء في الفلس والموت، وإن قبضها فهو أحق بها، سواء كان المكري يدير تحته الدواب أم لا، وهذا مذهب "المدونة"، ولعله هو المشهور، واختيار ابن حبيب، وقال أصبغ: إنما يكون أحق بها بالقبض إذا كان لا يدير الدواب تحته، وإن كان يديرها فليس أحق.

وقيل: إن المكتري لا يكون أحق في الكراء المضمون مطلقًا.

وعارض التنوسي قول مالك في هذه - إن المكتري أحق، وإن كان الجمال يدير الدواب تحته - بقوله: إن الراعي ونحوه ليس هو أحق بالغنم، ورواه اختلاف قول، وفرق ابن يونس بأن الراعي ونحوه لم يتعلق له بعين الدواب حق؛ فوجب لذلك أن يكون حقه في ذمة المكتري، بخلاف الركاب، فإن بقبضهم الدواب تعلق لهم بها حق؛

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٥/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٨/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٣٦/٥، وإرشاد السالك: ١٦٧/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٢/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥١/٢.

لأن ركوبهم عليها كالتعيين؛ فكان كتعلق حق الصانع بعين المتاع[1].

وإذا جعلناه أحق في الكراء المضمون، فقال ابن القاسم في "المدونه": لبقية الغرماء أن يضمنوا له حملانه، ويكروا له من أملياء، ويأخذوا الإبل، وقال غير ابن القاسم في بعض روايات "المدونة": لا يجوز أن يضمنوا حملانه.

(ص): **(وفي كون المشتري أحق بالسلعة يفسخ لفساد البيع قولان)**

(ش): وفي بعض النسخ: ثالثها: في النقد دُون الدَّين أي إِذَا اشترى سلعة شراءً فاسدًا، وقد كان نقد ثمنها، أو كان قد أخذها عن دين له في ذمة البائع؛ ثم أفلس البائع، والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري، فإن البيع يفسخ[2].

واختلف: هل يكون المشتري أحق بها فيما نقد من الثمن فيما له من الدَّين؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: إنه أحق بها، وهو قول سحنون.

الثاني: لا يكون أحق بها، وهو قول ابن المواز.

الثالث: إن كان ابتاعها بدين فهو أسوة الغرماء، بخلاف النقد، وهو قول ابن الماجشون.

قال في "المقدمات": ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه، أنه أحق به في الموت والفلس جميعًا[3].

وحكى اللخمي الاتفاق على أنه لا يكون أحق بها في الدين؛ وعلى هذا، ففي المسألة طريقان[4].

(ص): **(والرَّادُّ للسلعة بعيبٍ لا يكون أحقَّ بها في الثمن)**

(ش): يعني أن من اشترى سلعة ثم اطلع على عيب فيها؛ فأراد ردها، فوجد البائع قد فلس، فله ردها ولا يكون أحق بها.

ولم يجر في هذه من الخلاف ما في التي قبلها؛ لأن المشتري هنا مختار للرد؛ بخلاف الأولى؛ لأنه مجبر عليه.

قال في "المقدمات": وهذا على أن الرد بالغيب نقض بيع، وأما على ابتداء بيع

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٦١/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٥/٣.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٣/٦، ومنح الجليل: ٨/٦.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٦/٢، والكافي: ٤٢١/١.

(٤) انظر: حاشية العدوي: ٤٧٨/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٠/٣.

فيكون أحق بها[١].

فرع:

واختلف إذا اقترضه ثم أفلس المقترض، ففي المذهب طريقان:

الأولى للمازري: المشهور أن المقرض لا يكون أحق؛ لأن الحديث إنما ورد في البيع، وسواء قبض السلف أو لم يقبضه[٢].

وقال: وقد يسبق للنفس اعتراض قوله: أو لم يقبضه؛ لأن في يده سلعة لم يسلمها؛ فهو أحق بها في الفلس والموت، وأجاب بأن القرض لما كان يتأجل بمقتضى العادة، صار للمستلف أن يطالب المسلف بالتسليم؛ فلا يكون له حبس ما أسلف، وإذا لم يكن له حبسه لم يكن أحق به[٣].

ولو قيل: له الرجوع في ذلك وإن لم ينتفع المسلف، كما قيل في عارية الأرض للبناء والغرس، لما بَعُد.

وحكى عن أبي محمد الأصيلي إلحاق القرض بالبيع.

والطريقة الثانية لابن رشد: أن مذهب مالك وأصحابه التسوية بين القرض والبيع، وأن التفرقة بينهما لابن المواز؛ خلافًا لهم[٤].

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٦، وإرشاد السالك: ١/١٦٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٠، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠١.

(٣) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٥، وحاشية الصاوي: ٧/٢٧٨.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٥/٣٦، وإرشاد السالك: ١/١٦٧.

كتاب الحجر

(ص): (الحجر أسبابه: الصِّبَا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض، والنكاح في الزوجة)

(ش): هو مصدر حجر يحجر؛ بضم الجيم وكسرها، وحقيقته لغةً: المنع. وشرعًا: منع المالك التصرف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره(١).

وذكر المصنف له سبعة أسباب، ومفهوم العدد يقتضي الحصر فيها، وينتقض عليه الحجر على الراهن لحق المرتهن، وبالحجر على المرتد(٢).

(ص): (وينقطع الصبا بالبلوغ والرشد بعد الاختبار)

(ش): أي وينقطع حجر الصبا - على حذف مضاف - بمجموع البلوغ والرشد؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، والرشد لا يعرف إلا بالاختبار.

ابن رشد، المازري وغيره: ويكون الاختيار بعد البلوغ، على المشهور، وقال أبو جعفر الأبهري وغيره من البغداديين: يكتفى به قبله.

وقوله: (بعد الاختبار)، في محل حال؛ فإن جعل حالا من البلوغ لزم أن يكون كلام المصنف موافقًا لقول أبي جعفر، وإن جعل من الرشد أو منهما، احتمل المشهور والشاذ.

ولا خلاف أنه لا يخرج من الحجر قبل البلوغ، وإن ظهر رشده.

فإذا بلغ؛ فإما أن يكون أبوه قد حجر عليه وأشهد بذلك أم لا، فإن حجر عليه فحكمه كمن لزمته الولاية، وإن لم يحجر عليه فَإِمَّا أَنْ يعلم رشده أو سفهه، فإن علم أحدهما عمل عليه، وإن جهل فالمشهور أنه محمول على السفه(٣).

وروى زياد وابن غانم عن مالك أنه محمول على الرشد، وأخذ من قوله في نكاح " المدونه": إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء(٤).

---

(١) انظر: لسان العرب: ١٦٥/٤، مادة (حجر).

(٢) انظر: المدونة: ٨٥/٤، والتلقين: ١٧٤/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٣/٢.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٦٢٦/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٩/٧.

لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أن المراد بنفسه لا بماله.

وقال ابن العطار: هو على السفه إلى عام؛ فعلى هذا: يحجر عليه ما لم يتم العام.

قال في "المقدمات": وروي عن ابن العطار أيضًا: أنه يجوز للرجل تسفيه ولده بعد البلوغ، إلا أن يكون معروفًا بالرشد، ولم يفرق بين قُربٍ ولا بُعدٍ، وحكى غيره من الموثقين: أنَّ تسفيهه جَائِزٌ وَإِنْ لم يعلم سفهه - إذا كان بحرارة بلوغه - قبل انقضاء عامين.

تنبيه:

ما ذكره المصنف من انقطاع حجر الصبا بالبلوغ والرشد إنما هو في حق ذي الأب، وأما ذو الوصي، أو مقدم القاضي، فلا ينفك الحجر عنه إلا بإطلاق الحجر.

ثم الوصي الذي من قبل الأب له الإطلاق، ويصدق فيما يذكر من حاله، وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله، وقال ابن القاسم في "العتبية": لايجوز إطلاقه إلا أن يتبين حاله ويعرف رشده[1].

وأما المقدم من جهة القاضي فالمشهور - على ما قاله المازري وغيره - أنه كوصي الأب؛ لأن القاضي جبر به الخلل الكائن بترك الأب تقديم وصي لهذا الابن، وقال ابن زرب: هو وكيل عن القاضي؛ فلا يكون له الإطلاق إلا بإذنٍ من القاضي، إلا أن يكون معروفًا بالرشد، وحكى (ر): أن العمل اليوم على الشاذ، وحكى ابن رشد وغيره قولين - إذا قلنا: إنه يطلقه دون إذن القاضي -: هل يشترط أن يعرف رشده، أو لا يشترط ذلك؟

فإن قلت: لم جعلتم الوصي - على المشهور - أقوى من الأب وهو فرعه؟! قيل: لأن الأب لما أدخله في ولاية الوصي صار بمنزلة مَا لَو حجر عليه، وهو لو حجر عليه لم يخرجه إلا الإطلاق. والله أعلم[2].

(ص): **(وفي الأنثى: بأن تتزوج ويدخل بها - على المشهور - ثم تبتلى بعد سنة، وقيل: كالذكر)**

(ش): دَلَّ قوله: (وفي الأنثى)، أن الكلام المتقدم في الذكر، تقديره: وينقطع في الذكر بكذا، وفي الأنثى بالرشد وأن تتزوج ويدخل بها زوجها؛ لأنها قبل ذلك محجوبة

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٠، وإرشاد السالك: ١/١٦٨.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٧، والكافي: ١/٤٢٣.

عن الناس والتصرف. ومراده بـ: (الأنثى)، ذات الأب.

و (على المشهور)، راجع إلى دخول الزوج[١].

و (قيل: كالذكر)، يحتمل أن يريد به أنه ينقطع عنها بالبلوغ والرشد، وهو ظاهر لفظه، وهو قول حكاه المازري واللخمي، وذكر أنه وقع لمالك في كتاب الحبس من "المدونة".

وقال (ر): قوله (وقيل: كالذكر)، يريد أنها تخرج بمجرد البلوغ، وهي رواية ابن غانم وزياد عن مالك.

قال في "المقدمات": ومعنى هذه الرواية - عندي - أنه إذا علم رشدها أو جهل حالها، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته.

وقوله: (ثم تبتلى بعده)؛ أي: بعد الدخول سنة، وظاهره: أَنَّه لا يَكْفِي مضي العام بعد الدخول إذا لم يكن الاختيار مستوعبًا فيه، وأنه لا بدّ مِنْ أَنْ يكون الاختيار في مجموع السنة.

وفي هذه المسألة - أعني في الحد الذي تَخرَّجَ بِهِ ذات الأب من الحجر - أقوال؛ أولها: ما ذكره المصنف؛ أنها في ولاية أبيها حتى يمضي لها العام ونحوه بعد الدخول، وهو قول مطرف في "الواضحة"؛ فتكون أفعالها قبل العام مردودة ما لم يعلم رشدها، وبعده جائزةً ما لم يعلم سفهها.

ثانيها: إنها في ولايته حتى يَمُرُّ بِهَا عَامَان، وهو قول ابن نافع.

ثالثها: حتى يمضي لها سبعة أعوام، وعزي لابن القاسم، وبه جَرَى العمل عند أهل قرطبة[٢].

وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركت عليه الشيوخ: أنها تخرج من الولاية بمضي ستة أعوام، إلا أن يجدد الأب عليها سفهًا قبل ذلك. وهو قولٌ رابع.

خامسها: - وهو المشهور - على ما في "البيان " - أنها في ولاية أبيها حتى يشهد العدول على صلاح أمرها، وهي - على هذه الرواية - مردودة الأفعال قبل دخول زوجها وإن علم رشدها، فإذا دخل بها وظهر رشدها خرجت من ولاية أبيها ، إن كانت بقرب بنائه[٣].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٣/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٢/٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ١٠/٦.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٦٢/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٧/٣.

قال: وهذا قول مالك في "الموطأ" و"المدونة" و"الواضحة".

واستحب مالك - في رواية مطرف - أن تؤخر إلى العام من غير إيجابٍ، ونحوه لعياض في باب النكاح؛ لكنه زاد - بعد أن عَيَّن أن المشهور: أنها لا تخرج إلا بالدخول ومعرفة صلاح حالها - ؛ فقال: ومعناه عندهم: أنها لا تعرف بسفه. انتهى.

وعلى هذا؛ فلا يشترط أن يشهد العدول بصلاح الحال، بل بعدم السفه.

سادسها: إنها في ولاية أبيها ما لم تُعَنَّس، أو يدخل بها زوجها، ويعرف من حالها.

وسيأتي الخلاف في سن تعنيس ذات الأب إثر هذه؛ حيث تكلم المصنف على المعنسة.

وقال المازري: إن المشهور من المذهب أن الثيب من النسوان البالغ تُحْمَلُ على الرشد.

واختلف إشارات المذهب عن بعض أشياخي في مجرد الدخول؛ هل يقتصر عليه، أو لا بد من اختبار حالها بعد الدخول؟ ورأى بعض أشياخي: أن البدوية لا يوسع لها بعد الدخول، كما يوسع في ذلك في بنات كبار التجار؛ وعلى هذا فما قدمه المصنف خلاف المشهور.

وقرأ بعضهم قول المصنف: (ثم تبتلى بعد ستة)؛ بالتاء لا بالنون؛ ليوافق ما جرى به العمل - على ما حكاه ابن أبي زمنين -، وفيه بُعْدٌ[1].

تنبيه:

وقول ابن زمنين: ما لم يجدد الأب الحجر عليها. يدل على أن له أن يجدده عليها، وإليه ذهب ابن زرب وابن العطار، وقال الأصيلي وابن القطان: ليس له ذلك إلا بإثبات سفهها[2].

وعلى الأول؛ فلو أوصى عليها حينئذٍ، ثم تراخى موته حتى بلغت الحد الذي تجوز فيه أفعالها، فقولان: أولهما: أن إصاءه عليها لازم، كتجديد الحجر عليها، الذي لا ينفك إلا بإثبات رشده بالبينة العادلة.

وثانيهما: أن ذلك غير لازم؛ بخلاف تجديد السفه، وقالوا: ذلك بمنزلة الأب يوصي على ابنته وهي بكر، ثم يزوجها، فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر، فيموت،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٨٠، وحاشية الدسوقي: ٣/٢٢٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٨٥، والتلقين: ٢/١٧٤.

أن الإيصاء ساقط.

ابن رشد: ولا أعلم اختلفوا في لزوم الولاية عليها - إذا أوصى عليها بعد دخول زوجها، ثم مات قبل بلوغها الحد، الذي هو وقت خروجها من ولايته - ولا يبعد دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى.

قال: وأما إن أوصى على ابنته - وهي صغيرة أو بكر، ثم مات وهي بكر، قبل دخول زوجها بها، وقبل مضي المدة المؤقتة لخروجها من ولايته - فالولاية لها لازمة.

(ص): **(وأما المُعَنَّسَةُ فالرُّشْدُ لا غَيْرُ، وقال ابن القاسم: إلا أن تَكُونَ بأبٍ أو وصيٍّ)**

(ش): يعني أن الذي تَقَدَّم إِنَّمَا هُو في بِكْرٍ لَم تُعَنِّس، وأما المعنسة فيكتفى فيها بالرشد، وجعلوا عُلُوِّ السن يقوم مقام التزويج[1].

وسواء كانت ذات أب، أو وصي، أو مهملة؛ ولهذا قال: ابن القاسم، إلى آخره، إنما يُكْتَفَى بالرشد في المهملة[2].

وأما ذات الأب والوصي فلا، وهذا هو المعروف من قول ابن القاسم، والذي له في "المدونة" أنه يجوز فعل المعنسة إذا أونس منها الرشد، وإن لم يجزه أبوها، وقال مالك: يجوز إن أجازه الأب، وقال في رواية عبد الرحيم: يجوز بشرط التعنيس فقط.

ولهذا قال بعضهم: في "المدونة" في هذه الصورة ثلاثة أقوال؛ الجواز بشرط التعنيس فقط، وهي رواية عبد الرحيم، والجواز بشرطين: التعنيس، وإيناس الرشد، وهو قول ابن القاسم، والجواز بثلاثة شروط؛ فيزاد إلى ذلك إجازة الأب؛ وكلام اللخمي وابن رشد ينافيه؛ لأنهما جعلا قول مالك: إن أجازه الأب، فيمن جهل حالها.

قال في "المقدمات": والمشهور المعمول به أنها إذا كانت يتيمة، وهي ذات وصي من قبل الأب، أو مقدم من جهة القاضي، أنها لا تخرج من ولايته - وإن عنست، أو تزوجت أو دَخَلَ بِهَا زوجها وحسن حالها -، ما لم تطلق من الحجر، وقال ابن الماجشون: حالها مع الوصي كالأب، في خروجها من ولايته بالتعنيس، أو النكاح مع طول المدة وتبيين الرشد[3].

واختلف في حد التعنيس؛ فقيل: ثلاثون سنة، وقيل: خمس وثلاثون، وقيل:

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٦/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٩/٧.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٣/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٨٥/٤، والتلقين: ١٧٤/٢.

أربعون، وقيل من الخمسين إلى الستين.

فرع:

لم يتعرض المصنف للمهملة إلا إذا كانت معنسة.

قال في "المقدمات": واختلف في اليتيمة التي لم يولَّ عليها بأبٍ ولا وَصِيٍّ على قولين؛ الأول: إن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في "العتبية"، وقول غير ابن القاسم في "المدونة"، ورواية زياد عن مالك.

والثاني: إن أفعالها مردودة ما لم تعنس، وهو مذهب "المدونة"؛ لأن فيها: ولا يجوز حتى تعنس وتقعد عن المحيض[(١)].

أو: ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها، وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيه على الرشد؛ قيل: أقصاها العام، وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار في "وثائقه"، وقيل ثلاثة أعوام ونحوها، وقال ابن زمنين: الذي أدركت عليه العمل: لا يجوز فعلها حتى تمر بها السنتان والثلاث[(٢)].

وفي حد تعنيس اليتيمة خمسة أقوال؛ الأول لابن نافع: أقل من ثلاثين.

الثاني لابن الماجشون: ثلاثون.

الثالث لمالك في رواية مطرف وابن القاسم في رواية أصبغ: أربعون.

الرابع لابن القاسم من رواية سحنون عنه: من الخمسين إلى الستين.

الخامس: حتى تقعد عن المحيض، وهو قوله في "المدونة". انتهى[(٣)].

(ص): **(وبُلُوغُ الذَّكَرِ بالاحتلام أو الإنبات، أو السن وهو ثماني عشرة، وقيل: سبع عشرة، وقيل: خمس عشر. وتزيد الأنثى بالحيض والحمل)**

(ش): حاصله أن للبلوغ خمس علامات، وقد تقدم الكلام عليها في النكاح.

والمشهور ما ذكره من أن الإنبات علامة، قاله المازري وغيره، ودليله حديث بني قريظة، ولمالك في كتاب القذف: أنه ليس علامة البلوغ، ونحوه لابن القاسم في كتاب القطع؛ وجعل في "المقدمات " هذا الخلاف فيما بينه وبين الآدميين.

قال: وأما فيما بينه وبين الله تعالى؛ من وجوب الصلاة ونحوها، فلا خلاف أنه ليس بعلامة.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٧/٢، والكافي: ٤٢٣/١.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ١٠/٦.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٣/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٢/٢.

(ص): (وَيُصَدَّقُ في الاحْتِلامِ مَا لم تَقُمْ رِيبَةٌ، والإنبات مِثْلُهُ. وقولُ ابنِ العَرَبِي - يُنْظَرُ في المِرْآةِ - غريبٌ)

(ش): لما ذكر علامات البلوغ شرع في طرق معرفتها.

قال في "الجواهر": أَمَّا السن فبالعدد، وأما الاحتلام فيصدق فيه ما لم تقم ريبة؛ إذ لا يعرف إلا من جهته؛ وسواء كان طالبًا؛ كما لو ادَّعَى أَنَّهُ بَلَغَ ليأخذ سهمه في الجهاد، أو مطلوبًا، كما لو جنى جناية، وادُّعِي عليه البلوغ ليقام عليه حدُّهَا، وأنكر هو ذلك[1].

وأما الإنبات فقال ابن العربي: يكشف عن عورته، ويستدبره الناظر، فينظر في المرآة، وأنكره ابن القطان؛ المحدث المتأخر، وقال: لا يجوز النظر إلى العورة ولا إلى صورتها، ولعل المصنف أطلق الغرابة عليه؛ لهذا الإنكار[2].

وإن أراد أنه لم يقله غيره - وكثيرًا مَا يطلق المحدثون على الحديث الغرابة لهذا المعنى -، ففيه نظر؛ لأنِ عبد الوهاب حكاه عن بعض شيوخه في "كتاب الأحكام " له: أنه قال بذلك في عيب المرأة في النكاح؛ أنه تجلس امرأتان خلف المرأة كما ذكرنا.

(خ): ولو قيل: يجس على الثوب، كما قالوا في العُنة ما بَعُد[3].

(ص): (والرشد: أن يكون حافظًا لما له، عارفًا بوجوه أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ، وقيل: وجائز الشهادة)

(ش): الظاهر أن قوله: (عارفًا بوجوه أخذه وإعطائه)، بيان لحفظ المال، فإن قيل: لم لا تجعل قوله: (عارفًا بوجوه أخذه وإعطائه)، قيدًا آخر؛ ويكون المراد به تنمية المال؟

قيل: لأن اللخمي نقل الاتفاق على أن من لا يحسن التَّجْرَ؛ ويحسن الإمساك: أنه لا يحجر عليه.

لكن ذكر المازري خلافًا فيما ينفك به الحجر ويسلم للمحجور عليه ماله: هل بمجرد حفظه فقط، أو بزيادة اشتراط حسن تنميته؟ ووجه الثاني بأنه لم يحسن ذلك، كان ذلك مؤديًا إلى فناء ماله، والأول بأنه لما كان لا يلزم القابض من أب أو وصي أو مقدم، أن يتجر له، وإنما يلزمه صيانته، فمالكه أولى. قال: ويعني - عندي - أن يلتفت إلى قله المال وكثرته.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٥، ومنح الجليل: ٦/١٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٢، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٧.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٨٠، وحاشية الدسوقي: ٣/٢٢٢.

وعلى هذا؛ فيمكن أن يريد المصنف هذا؛ ويكون قيدًا ثانيًا، ويكون مراده بيان الرشد الذي يخرج به من الحجر لا الرشد الذي لا يضرب معه الحجر، فإن ذلك متفق على أنه لا يُرَاعَى فيه القيد، كما ذكره اللخمي(١).

والمشهور أنه لا يشترط في الرشيد أن يكون جائز الشهادة، إذا كان حافظًا لماله، وإن كان يشرب الخمر ونحوه، وهو قول ابن القاسم وأصبغ، وقال المدنيون؛ كابن كنانة ومطرف وابن الماجشون: يحجر على من يشرب الخمر، واختاره ابن المواز(٢).

وأشار غير واحد إلى أن هذا الخلاف إنما هو فيما يخرج به السفيه من الحجر؛ هل بحفظه لماله - وهو المشهور - أو يحفظه مع جواز الشهادة؟

ابن يونس: وأما ابتداء الحجر على السفيه، فلا يبتدأ ذلك باتفاق(٣).

واعترضه (ع)، وقال: ليس متفقًا عليه؛ فَقَدْ حَكَى ابن شعبان - في التحجير على الفاسق لفسقه - قولين؛ غير أن الظواهر دالة على عدم الحجر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء بعده أقاموا الحدود على من وجبت عليه، ولم يحجروا عليه.

وحكى اللخمي - في الحجر على من يخدع في البيوع - قولين:

أولهما: لا يحجر عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لمن كان يخدع فيها: "إِذَا بِعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ"(٤).

والثاني: لابن شعبان: يحجر عليه.

قيل: واختبار رشد اليتيم بدخوله الأسواق، ومخالطته لغيره في الشراء والبيع، فيعرف رشده بأن ينكر على المغبون، ويغبط الحافظ لماله، ويصوب فعله.

اللخمي: واختلف، هل يبتلى بشيءٍ من ماله يدفع إليه؟ وظاهر ما في "المدونة" في كتاب المديان المنع؛ لأنه قال: إذا فعل ذلك الولي، فلحقه دين، لم يلحق ذلك الدَّين المال الذي في يده، ولا الذي في يد وصيه.

وأجاز ذلك غيره، وقال: يلحق ذلك الدَّين في المال الذي في يديه، وقاله الشيخ أبو محمد عبد الوهاب.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٦/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٩/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٠/٥، وإرشاد السالك: ١٦٨/١.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٧/٢، والكافي: ٤٢٣/١.

(٤) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢١١٧، و٢٤٠٧، و٢٤١٤) ومسلم، برقم (١٥٣٤) كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

عياض: وعلى قوله؛ إنه لا يعطي الصغير، لا يعطي البالغ السفيه أيضًا؛ لأن العلة كونه مولى عليه. هذا معنى كلامه.

وفي كتاب الوصايا من "المدونة" مثل قول الشيخ أبي محمد؛ لقوله: وإذا أذن للصبي أن يتجر جاز، وعليه فالبالغ السفيه أولى، وفي المسألة ثالث بالجواز في السفيه البالغ دون الصغير[1].

وقال أبو عمران: إنما يجوز في الصغير بشرط أن يطلع الوصي عليه، أو يعينه في تصرفه، وإلا فهو ضامن.

ابن هندي: وإنما يختبره إذا علم منه خيرًا.

قيل: ويشترط أن يختبره باليسير؛ كالخمسين دينارًا أو الستين؛ أي في حق من يليق به ذلك[2].

(ص): **(وصفة السفيه: أن يكون ذا سَرَفٍ في اللذات المحرمة، بحيثُ لا يَرَى المال عندها شيئًا)**

(ش): لو قال: والسفه السرف في اللَّذات، إلى آخره، لكان أحسن؛ لكونه أخصر، ولأنه مقابل للرشد.

واشتراطه أن تكون اللذات محرمة، قال (ع) وغيره: هو خلاف ظاهر المذهب؛ ولا يُقَالُ: قوله جارٍ على قول من يرى أنَّ الفسق مُوجبٌ للحجر؛ لأنَّ هذا القائل يرى أنَّ مجرد الفسق يُوجب الحجر، والمصنف قد اشترط أن يكون ذا سرف فيها.

ويكفي السفه كونه مسرفًا في اللذات المباحة والمكروهة؛ ففي "المدونة" و"الجواهر": وصفة من يحجر عليه من الأحرار: أن يكون يبذر ماله سرفًا في لذاته، من الشرب والفسق وغيره؛ فقوله: وغيره، يبين لك ذلك، وأيضًا فَإِنَّ قوله في حدِّ الرُّشْدِ: أن يكون حَافِظًا لماله، يدل على أنَّ من يسرف في اللذات المباحة وغيرها سفيه؛ إذ لا واسطة بين السفه والرشد.

وقال المازري، وقلنا: إنَّ التبذير في غير الفسوق يُوجِبُ الحجر؛ فكيف بالتبذير في الفسوق؟؛ وظاهره: أنَّ التبذير في المباحات يُوجِبُ الحجر، لكن قال بعد ذلك: وأمَّا إنفاقه في الملاذ والشهوات وجمع الجماعات لأكل الكثير من الطيبات في

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٣/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٢/٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ١٠/٦.

المبيتات والمؤانسات، ففيه إشكال، وقال بعض أصحاب الشافعي: إنه يوجب الحجر، وعن ابن القصار كذلك، ولكنه شرطه بشرط، وهو: أن يكون ما فضل عنه من ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه[١].

قال: فقوله: ولا يطعمه، بعد ذكر الصدقة، الظاهر أنه أراد إطعامه لإخوانه.

وهذا قد يشير إلى أنه لا يرى ما ذكرناه - عن بعض أصحاب الشافعي - أنه يُوجب الحجر؛ وعلى هذا؛ فيكون كلام ابن القصار يُوافق ظاهر كلام المصنف.

وانظر؛ إذا كان السفيه المبذر لماله في شهواته يتجر بما في يديه تجارة تصير إنفاقه في شهواته من الربح، ورأس المال محفوظ[٢].

المازري: وفي الحجر على هذا إشكال.

(ص): (وتصرفه قبل الحجر على الرد، كالمحجور عليه على الأصح؛ بناءً على الرد للسفه لا للحجر)

(ش): أي وتصرف السفيه، وأما مجهول الحال فأفعاله جائزة لا يرد شيء منها بالاتفاق، حكاه في "المقدمات"، وهذا هو السفيه المهمل.

والأصح، لابن القاسم، على ما في اللخمي والمازري و"المقدمات " وغيرها، ومقابله نقله اللخمي عن ابن كنانة وابن نافع، وعزاه في "المقدمات " لمالك وكبراء أصحابه، وصَرَّحَ في "المقدمات " في موضع آخر بمشهورية هذا القول، وذكر أيضًا في "البيان " - في باب النكاح - أن ما صححه المصنف هو المشهور من قول ابن القاسم، وأن المشهور من مذهب مالك خلافه.

وقد روى زياد القرضي عن مالك: أنه سأله عن سفيه عندهم يكسر قوارير ألبان على ناصية فرسه، ويشتري البازي والكلب بالضيعة الخطيرة، فقال: تمضي أفعاله، ثم سأله بعد زمان فقال: تمضي أفعاله ولو كان مثل سفيهكم[٣].

وصحح المصنف الأول لما قاله المازري: إنه اختيار المحققين من أشياخه؛ لأن السفه هو العلة في حجر الحاكم، ورأى مقابل الأصح: أن العلة في رد أفعال الحجر؛ لأن ثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وكشف، وهو مِمَّا اخْتُلِفَ فيه[٤].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٦٢/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٧/٣.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٠/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٢/٣.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٦/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٩/٧.

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٣/٢.

وقال مطرف وابن الماجشون: بالتفصيل؛ فإن اتصل سفهه من حين بلوغه لم يجز شيء من أفعاله، وإن سفه بعد أن أونس منه الرشد فأفعاله جائزة ولازمة، ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة؛ مثل أن يبيع ما قيمته ألف دينار بمائة دينار ونحوه، فلا يجوز ذلك عليه، وكذلك هباته.

والثاني لأصبغ: إن لم يكن معلنًا بالسفه مضت أفعاله؛ وإلا فلا، ومن الشيوخ من رأى أن السفه الظاهر البين يُوجب رد أفعاله، بخلاف السفه الخفي[1].

فإن قلت: لم جعلت هذه الأقوال زيادة على كلام المصنف، وهلا جعلت الجميع مقابلا للأصح؟!

قيل: لثلاثة أوجه:

الأول: أن المنطوق به إنما يدل على مقابلة بالإجازة، وأما القولان بالتفصيل فلا دلالة له عليهما.

الثاني: أن عادة المصنف أن يجعل مقابل الأصح والمشهور ونحوهما قولا واحدًا.

الثالث: أن قوله بإثره: (وعليهما)، يبين أنه لم يرد إلا القولين. والله أعلم.

تنبيه:

قال في "المدونة": ومن أراد أن يحجر على ولده، أتى به الإمام ليحجر عليه، ويشهر ذلك في الجامع وفي الأسواق، ويشهد على ذلك؛ فمن باعه، أو ابتاع منه بعد ذلك، فهو مردود؛ فأخذ من هذا غير واحد أنَّ مذهب " المدونه " مُوَافِقٌ لمالك وكبراء أصحابه، مخالفٌ لابن القاسم.

قال في "المدونة": لا يتولى الحجر إلا القاضي.

قيل: فصاحب الشرطة؟

قال: القاضي أحب إلي[2].

عياض: وأحب هنا على الوجوب، وقال شيوخنا: إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام[3].

وذكر ابن سهل أن ثمانية أشياء لا يحكم فيها إلا القاضي: التسفيه، والترشيد، والنظر في الوصايا، والنظر في الأحباس المعقبه، والنظر في مال الأيتام، والنظر في أمر

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٠، وإرشاد السالك: ١/١٦٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٣، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٢.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٧، والكافي: ١/٤٢٣.

الغائب، والنظر في الأنساب، والتظر في الولاء.

زاد أبو محمد صالح: والنظر في الحدود والقصاص.

وإذا أجزنا الحجر على الكبير السفيه، فمذهب ابن القاسم: أن السفيه الذي يمنع أن يعطى ماله إذا بلغ، وجب استئناف الحجر عليه، وإن كان كبير مهملا، ومذهب أشهب: أن استئناف الحجر لا يجوز إلا بثبوت سفه ظاهرٍ بينٍ[١].

(ص): (**وعليهما العكس في تصرفه بعد الحجر، إذا رشد**)

(ش): أي القولين أو سببهما؛ لينعكس الحكم في المحجور إذا رشد، ولم يحكم القاضي بإطلاقه؛ فعلى قول ابن القاسم؛ تمضي أفعاله؛ لأن المعتبر عنده إنما هو حال التصرف، لا حكم الحاكم، وعلى قول مالك؛ لا تمضي؛ لأنه محجور عليه ولم يفكه القاضي.

(خ): وقد يقال، وإن قلنا: إن الرد لأجل حجر القاضي، لكن هو معلل في الأصل بالسفه؛ ويلزم من زوال العلة زوال المعلول[٢].

فإن قلت: مقتضى كلام المصنف أن ابن القاسم يقول بالإمضاء هنا، ونقل في "المقدمات": أن زونان روى عن ابن القاسم: أن من ثبتت عليه ولاية، فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها.

قيل: المشهور عنه خلاف هذا؛ فقد قال في "المقدمات " أيضًا، قبل هذا ومتصلا به: وأما ابن القاسم فمذهبه: أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد، ولا سقوطها إذا علم السفه[٣].

(ص): (**وفائدة الحجر: رد التصرفات المالية؛ كالبيع والشراء والنكاح والإقرار بالدين وبإتلاف المال والتوكيل، إلا وصية الصغير إذا لم يخلط فيها كالسفيه**)

(ش): (ال)، في (الحجر)، للعهد؛ أي الحجر الذي هو أقرب مذكور، وهو حجر السفيه، ويحتمل الحجر في أول الكلام؛ أعني الذي عدَّدَ أسبابه، وأن كان مرده هذا الثاني فهو مخصوص؛ إذ المريض لا يمنع من البيع والشراء إذا لم يحاب، أو حابى بدون الثلث، ولا يمنع من الإقرار بالدَّين لمن لا يتهم عليه، وكذلك الزوجة لا تمنع من

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٥/٦، ومنح الجليل: ١٠/٦.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٠/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٢/٣.

(٣) انظر: الذخيرة: ١٦٢/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٧/٣.

التصرف في الثلث، ويكون المصنف أطلق هنا لما سيأتي[(١)].

فإن قلت: لا يصح أن يريد الثاني؛ لأن قوله: (كالسفيه)، يرده؛ إذ السفيه أحد أنواعه؟

قيل: قوله: (كالسفيه)، إنما هو راجع إلى الوصية فقط، وقصد المصنف بذلك بيان حكم وصية الصغير والسفيه، وهو الجواز، وإلا فهو لم يقدم حكم وصية السفيه.

وقوله: (كالبيع والشراء)، قال في "المدونة": إلا شراءه ما لا بُدَّ له منه؛ مثل الدرهم يبتاع به لحمًا، ومثل خبز وبقل ونحوه، يشتري ذلك لنفسه بما يدفع إليه من نفقه؛ وأخذ منه ابن الهندي أن الوصي لا يدفع لمحجوره إلا نفقة نفسه الخاصة، وقال ابن العطار: يدفع إليه نفقة نفسه ورقيقه وأمهات أولاده، وأما الزوجة فهي تقبض لنفسها.

قال في "البيان": وإن باع اليتيمُ دُونَ إذن وصيه، أو الصغير من عقاره وأصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بُدَّ لَهُ مِنْهَا، ولا شيء له غير المبيع، أو هو أحق ما يباع من أمواله؛ فاختلف فيه على ثلاثة أقوال[(٢)]:

أحدها: أن البيع يرد على كل حال، ولا يتبع بشيء من الثمن، وهو قول ابن القاسم، وهو أضعف الأقوال[(٣)].

الثاني: أن البيع يرد إذا رأى ذلك الوصي، ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ ماله، وهو قول أصبغ.

الثالث: أن البيع يمضي ولا يرد.

وأما إن باع بأقل من القيمة، أو باع ما ليس هو الأحق بالبيع، فلا خلاف أن البيع يرد، وإن لم يبطل الثمن عن اليتيم؛ لإدخاله إيَّاه فيما لا بد له منه.

وأما ما باع اليتيم من ماله، وأنفقه في شهواته التي يستغنى عنها، فلا خلاف أنه يرد، ولا يتبع بشيءٍ من الثمن، كان المبيع يسيرًا أو كثيرًا، أصلا أو عرضًا[(٤)].

وهو محمولٌ فيما باعه وقبض ثمنه على أنه أنفقه فيما لا بد له منه، حتى يثبت أنه أنفقه فيما له منه بد، وفي "المقدمات": وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وشبهه مما يخرج عن عوض ولا يقصد به قصد المعروف، فإنه موقوف على نظر وليه، فله أن يجيز أو يرد؛

---

(١) انظر: المدونة: ٨٥/٤، والتلقين: ١٧٤/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٢/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٣/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٦/١، وحاشية الصاوي: ٢٧٩/٧.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٠/٥، وإرشاد السالك: ١٦٨/١.

بحسب النظر.

وإن لم يكن له ولي قدم القاضي من ينظر في حاله، فإن لم يفعل ذلك حتى ملك أمره، فهو مخير في رد ذلك وإجازته، فإن رد بيعه وابتياعه، وكان قد أتلف الثمن الذي باع به، أو السلعة التي ابتاعها، ولم يتبع ماله بشيء من ذلك.

واختلف إذا كانت أمة فأولدها، فقيل: ذلك فوت ولا ترد.

وقيل: ليس بفوت كالعتق وترد، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء.

واختلف إذا كان أنفق الثمن فيما لا بد له منه، هل يتبع ماله بذلك، أم لا؟ على قولين.

وإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة فأولدها وأعتقها، أو غنمًا فتناسلت، أو بقعةً فبناها أو شيئًا له غلة فاغتله، فالحكم في ذلك كمن اشترى من مالك - فيما يرى - فاستحق من يده بعد أن أحدث فيه ما ذكر؛ هذا إن لم يعلم أنه مولى عليه، وأما إن علم أنه مولى عليه، متعد في البيع بغير إذن وليه؛ لسفه يقصده، فحكمه كالغصب.

واختلف فيما فوَّت السفيه من مال بهبة ونحوها، فلم يعلم به حتى مات، هل يرد بعد الموت أم لا؟ على قولين. انتهى[1].

وقول المصنف: (والإقرار)، أي بالمال[2].

ابن كنانة: إلا أن يقر به في مرضه؛ فيكون في ثلث ماله، واستحسن ذلك أصبغ، ما لم يكثر، وإن حمله الثلث.

وقوله: (والتوكيل)؛ أي على الحقوق المالية، وهو ظاهر.

(ص): (ولا حجر على البالغ العاقل في الطلاق، واستلحاق النسب ونفيه، وعتق أم ولده، والإقرار بموجب العقوبات، بخلاف المجنون)

(ش): هذا هو الذي احترزه عنه بالتصرفات المالية، واحترز بـ: (العاقل) من المجنون، وبـ: (البالغ) من الصبي؛ فلا تمضي تصرفاتهما مطلقًا.

ونبه بقوله: (كالطلاق)، على خلاف ابن أبي ليلى في قوله: إنه لا يلزمه؛ لأنه قد يحتاج إلى امرأة أخرى وأخرى؛ فيؤدي ذلك إلى هلاك ماله. وخرجه بعضهم عن قول المغيرة: إنه لا يمضي عتق أم ولده، وردَّه المازري بأن أم الولد يترقب فيها المال

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٧، والكافي: ١/٤٢٣.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٣، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٢.

بالجناية عليها، وكذلك يلزمه - عندنا - الطلاق، والظهار واستلحاق النسب، ونفيه؛ أي باللعان في الزوجة، أو بدعواه في الأمة[١].

فإن قلت: في الاستلحاق إثبات وارث؛ ففيه إتلاف مال؟!

قيل: وإن سُلِّم فلا يضر؛ لأنه بعد موته؛ فكان كوصيته.

وقوله: (وعتق أم ولده)، خالف في ذلك المغيرة وابن نافع.

وهل يتبعها مالها؟ ثلاثة أقوال، حكاها في "المقدمات"؛ روى أشهب عن مالك: أنه يتبعها، وروى يحيى عن ابن القاسم: أنه لا يتبعها، والثالث: إن كان مالها يسيرًا أتبعها، وإلا فلا.

قال: وأراه قول أصبغ[٢].

وقوله: (والإقرار بموجب العقوبات)، ظاهر.

قال في "المقدمات": ويلزم السفيه البالغ جميع حقوق الله تعالى، التي أوجدها على عباده، في بدنه وماله، ويلزمه مَا وَجَبَ فِي بَدَنِهِ مِنْ حَدٍّ أَو قَصَاصٍ، ويلزمه في ماله ما أفسد وكسر؛ مما لم يؤتمن عليه باتفاق، ومما أؤتمن عليه باختلاف[٣].

ولا تلحقه يمين فيما ادُّعي عليه في ماله، وأما إن ادُّعي عليه فيما يجوز إقراره فيه، فتلحقه اليمين فيه. انتهى.

وهل يجوز عفوه عما دون النفس من قصاص وجب له، أو حد قذف - وإليه ذهب ابن القاسم - أم لا - وإليه ذهب مطرف وابن الماجشون -؟

ولا خلاف أنه لا يصح عفوه عن جراح الخطأ؛ لأنها مال.

فإن ادَّعى جرح الخطأ إلى نفسه، وعفا عن ذلك عند موته، كان ذلك في ثلثه، كالوصايا[٤].

وإن وجب له قصاص في نفس، كما لو قتل أبوه أو ابنه عمدًا، صحَّ عفوه على مذهب ابن القاسم؛ الذي يرى أن الواجب في العمد قود كله، وفيه نظر على مذهب مطرف وابن الماجشون المتقدم، وتردد المازري - على مذهب أشهب الذي يرى أن الولي بالخيار بين القتل وأخذ المال -، وأجراه على أن من ملك أن يملك، هل يعد

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٥، ومنح الجليل: ٦/١٠.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٨٠، وحاشية الدسوقي: ٣/٢٢٢.

(٣) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٢، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٨٦، والتلقين: ٢/١٧٥.

مالكًا أم لا؟

(ص): **(وولي الصبي أبوه، ثم وصيه، ثم الحاكم. ولا ولاية لجد ولا غيره)**

(ش): (ثم وصيه)، أي وإن بعد، والسفيه مشارك للصبي في هذا؛ فلو قال: وولي الصبي والسفيه أبوه، كان أولى.

وقوله: (أبوه) يريد إذا كان الأب رشيدًا.

وإن كان سفيهًا؛ فهل ينظر وليه على بنيه؟

ابن عتاب وابن القطان: جرى العمل أنه لا ينظر على بنيه، إلا بتقديم مستأنف.

ابن سهل: ودليل الروايات أنه ينظر لهم[١].

قوله: (ولا ولاية لجد ولا غيره)؛ أي من أخ أو عم[٢].

(ص): **(ولا يباع عقاره، إلا لحاجة الإنفاق، أو لغبطه، أو لسقوطه إن لم ينفق عليه ما يكون البيع عنده أولى. ويستبدل بثمنه أصلح)**

(ش): ما ذكره من جواز البيع لحاجة الإنفاق عليه، ظاهر؛ لأنه إنما حفظ ماله لأجل النفقة عليه.

(أو لغبطة)؛ أي لزيادة في ثمنها؛ فقد أجاز في "المدونة" و"العتبية" بيع دار اليتيم من ملك بجواره، إذا بذل فيها أضعاف ثمنها.

سحنون: وذلك إذا كان الملك مثل عمر بن عبد العزيز؛ يعني في طيب مكسبه.

أبو عمران: وإن علم الوصي بخبث مكسبه ضمن، وإن لم يعلم كان له أن يلزمه مالا حلالا، أو تباع الدار فيه.

واشترط الغرناطي في "وثائقه"، في الزيادة التي يباع عقار اليتيم لها: أن تزيد على الثلث[٣].

وقوله: (أو لسقوطه)، هو كقوله في "الجواهر": ولخشية سقوطه، إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه بيعه وابتياعه غيره بثمنه أفضل.

(ع): فـ (ما)، من قوله: (ما يكون البيع)، موصولة منصوبة انتصاب المفعول به، والعامل فيها: (ينفق)، من قوله: (إن لم ينفق)؛ أي خيف سقوطه، ما لم ينفق عليه نفقة كثيرة؛ يكون البيع بسببها أولى؛ فبيعه حينئذٍ سائغ، ويستبدل بثمنه ما هو

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٧، وحاشية الصاوي: ٧/٢٨٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٢، وإرشاد السالك: ١/١٦٩.

أصلح للمحجور.

وقال (ر): في كلامه إضمار، تقديره: أو لسقوطه إن لم ينفق عليه؛ سقوطًا يكون البيع عنده أولى، فأقام: (ما)، مقام المصدر المحذوف، ويحتمل أن تكون نعتًا للمصدر، والمعنى: سقوطًا ما يكون البيع عنده أولى. وكلام (ع) أحسن.

وزاد " الموثقون " وجوهًا أُخَر يباع عقار اليتيم لها[١]:

الأول: ألا يعود عليه شيء منه؛ فيبيعه ليعوض عنه ما يعود منه.

الثاني: أن يبيعه ليعوض ما هو أعود منه.

الثالث: لضرر الشركة، فيبيعه ليعوضه دارًا كاملة[٢].

الرابع: إذا أراد شريكه البيع، وهو لا ينقسم ولا مال له يشتري به حصة شريكه.

الخامس: أن تكون الدار واهية، ويخشى عليها الخراب، وليس له مال يصلح منه.

السادس: أن يكون بين أهل الذمة.

السابع: أن يكون ملكًا مُوَظَّفًا، فيستبدل حرًّا.

الثامن: أن يكون بين جيران سوء؛ فيبيعها ليأخذ أجود.

قاله ابن المواز حكاه في "الطراز"[٣].

التاسع: أن يتقي عليها من السلطان أو غيره. ذكره صاحب " الطراز".

العاشر: إذا خشي انتقال العمارة من موضعه. قاله في "الجواهر".

وأورد (ع) أن ظاهر قوله: (لا يباع عقاره)، أن ذلك في حق الأب بالنسبة إلى ولده الصغير، والوصي.

وظاهر المذهب أن الأب يبيع على ولده الصغير والسفيه الذي في حجره الرابع وغيره لأحد هذه الوجوه أو غيرها، وفعله في ربع ولده كغيره من السلع، وهو محمول على الصلاح، وإنما يحتاج إلى أحد هذه الوجوه الوصي وحده.

وكذلك قال (ر): إن المتولي للبيع على المحجور أبٌ، ووصيٌّ، وكافلٌ، وحاكمٌ؛ فالأب له أن يبيع لولده ويشتري، وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه، ولا يشترط في بيعه ما يذكر بعد في الوصي؛ لمزيد شفقته، إلا أن يشتري لولده من نفسه؛ فيحمل على غير النظر، حتى يثبت خلافه.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٧/١، وحاشية الصاوي: ٢٨٠/٧.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٧٩/٢، والكافي: ٤٢٤/١.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٤/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٣/٢.

ولو باع من نفسه، ولم يذكر أنه باع لولده، فالبيع ماض، ولا اعترض فيه للابن إذا رشد.

قاله ابن القاسم في "الواضحة" و"الثمانية"، فإن باع لمنفعة نفسه، فقال ابن حبيب: كان أصبغ يمضي بيعه، ثم رجع عنه. يريد: أنه رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره؛ أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه فسخ[1].

وأما الوصي فهو أخفض رتبة من الأب؛ لأن الأب يبيع من غير ذكر سبب، بخلاف الوصي؛ فإنه لا يبيع إلا بعد ذكر سببه، ولا يجوز له أن يهب مال محجوره للثواب، بخلاف الأب[2].

وفعل الوصي على السداد حتى يثبت خلافه، قاله جماعة من الأندلسيين وغيرهم، وقال أبو عمران وغيره من القرويين: فعله في الرباع محمول على غير النظر حتى يثبت خلافه.

قال: وهو معنى ما في "الموازية".

قال: وإنما فرَّقْنَا بينه وبين الأب؛ لأنه في الكتاب كلما سئل عن الأب أطلق القول بجواز بيعه، إلا أن يكون على غير وجه النظر، وإذا سئل عن الوصي قال: لا يجوز بيعه إلا أن يكون نظرًا.

وحيث قلنا بجواز بيعه أو منعه، فذلك ما لم يبين السبب الذي لأجله بيع، فإن بينه فلا يختلف في جواز بيعه[3].

ويضمن العقد معرفة الشهود لذلك، وإن اقتصر على ذلك ولم يضمنه، فقد لا يختلف في الجواز أيضًا، وهو ظاهر ما حكاه ابن القاسم الموثق أيضًا، ونصُّ كلامه: ومن تمام العقد أن يضمن معرفة الشهود للسداد في البيع، وأنه أولى ما يبيع عليه، إن كان له سواه، وإن سقط هذا من العقد، كان فعل الوصي محمولا على السداد، حتى يثبت خلافه. وهذا هو المشهور، وقيل: لا يجوز بيع الوصي؛ حتى يبين الوجه الذي لأجله وجب البيع.

فقوله: حتى يبين الوجه، يقتضي أنه إذا بينه لا يختلف في جواز بيعه، وظاهره: أن يكتفى فيه بذكره من غير احتياج إلى إثباته، وقد نَصَّ في "الطرر " على أن بيعه جائز،

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٦٤/٨، وتهذيب المدونة: ٢٥٩/٣.

(٢) انظر: الاستذكار: ٥٠٧/٦، ومنح الجليل: ١٢/٦.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٢/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٤/٣.

وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله[١].

وعلى ما قاله أبو عمران: لا يتم البيع حتى تشهد الشهود بمعرفة السداد، ويؤيده ما حكاه ابن زياد في "أحكامه": أنه إذا أقيم فيما باعه الوصي، فعلى المشتري أن يثبت أنه اشترى شراءً صحيحًا، وأن الوصي باع لغبطة أو حاجة، ويتم له الشراء، وفي "الطرر" قال ابن المواز: إذا باع الوصي عقار اليتيم، مضى فعله وجاز، ما لم يكن فيه غبن في الثمن مما لا يتغابن الناس فيه[٢].

وإن لم يكن لشيء من الوجوه المذكورة، فإذا باع نفذ بيعه، وهو قول الشيوخ قديمًا، وبه العمل، وقال ابن عبد الغفور: هذا خلاف ما تَدُلُّ عليه أقاويلهم، ثم عدد (ر) الأسباب التي يبيع الوصي العقار لها.

ثُمَّ قَالَ: وَلَو أَوصَى رجل بابنته، وأوصى أن يبيع عليها مالها وأوصلها، جاز ذلك عليها وإن لم تكن حاجة، إذا كان ذلك نظرًا، كالنكاح.

وأما الكافل ففي بيعه عن مكفوله أربعة أقوال:

أحدها: المنع مطلقًا، قاله مالك في كتاب القسم من "المدونة"، في مسألة من كفل ابنًا صغيرًا، أو ابن أخٍ؛ قال: لا يجوز بيعه عليه، ولا قسمه له.

ثانيها: الجواز مطلقًا، قال ابن الماجشون في "الواضحة": أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم وغيره كالأم والأخ وابنه الرشيد، لليتيم دون تقديم من السلطان أو إيصاء من الأب، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم، ويؤيده أن مالكًا أجاز لملتقط الطفل أن يحوز له ما وهب له دون أن يجعل السلطان له ذلك، وأجاز في النكاح إنكاحه لمكفوله، وقال: من أنظر لها منه؟!

أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره: وإذا أجاز إنكاحه فبيعه أولى.

وثالثها: الجواز في بلد لا سلطان فيه، والمنع في بلد فيه سلطان. قاله ابن الهندي.

ورابعها: الجواز في اليسير[٣].

قاله في "العتبية"، وبه قال أصبغ، وبه جرى العمل.

واختلف في حد اليسير؛ فقال ابن زرب: ثلاثون دينارًا، وقال ابن العطار: عشرون

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٣، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠٤.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٧، وحاشية الصاوي: ٧/٢٨٠.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٢، وإرشاد السالك: ١/١٦٩.

دينارًا ونحوها، وقال ابن هندي: عشرة ونحوها[١].

وحكي عن ابن العطار: وإذا أقيم على المبتاع فيما باعه الكافل، فعليه أن يثبت حضانة البائع، وحاجة البيع عليه، والسداد في الثمن، وأنه أنفق الثمن عليه، وأدخله في مصالحه، وأنه ليس له مال غيره، وأنه أولى ما بيع عليه من عقاره، وأنه يضمن ذلك عقد البيع آخرًا[٢].

ولو رفع ذلك الكافل إلى القاضي، لم يأمره بالبيع، حتى يثبت عنده يُتْمُ المَبِيعِ عليه، وملكه لما باع عليه، وحاجته للبيع، والسداد في الثمن، والاشتراك إذا كان المبيع مشتركًا.

ولما رأى الفقهاء أن اليتم ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي، أجازوا للكفيل البيع دون مطالعته، حسبما قدَّمناه، وإلى هذا المعنى أشار ابن العطار.

وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم. إذا ثبت عنده يُتْمُه، وإهماله، وملكه لما يباع عليه، وأنه لا شيء عنده يباع غير ذلك، أو أنه أولى ما بيع عليه، وجازه الشهود على من شهد عنده بالملكية، وقبول من يقدمه للبيع لما كلفه من ذلك، وتسويق المقدم للبيع، وأنه لم يلف على ما أعطي زائدًا، والسداد في الثمن.

واختلف؛ هل عليه أن يصرح بأسماء الشهود الذين ثبت بهم عنده ما أوجب البيع أم لا؟ على قولين. انتهى كلام (ر).

(ص): **(وللولي النظر في قصاص الصغير أو الدية ولا يعفو)**

(ش): لولي الصغير أبًا أو غيره أن ينظر في القصاص الذي وجب للصبي، إما بجناية عليه، أو على وليه في القصاص، أو أخذ الدية؛ فإن كان غنيًا، ولا حاجة له بالمال فالقصاص أولى، وإلا فالعكس. قال في "المدونة": وليس للأب أن يعفو، إلا أن يعوضه من ماله[٣].

(ولا يعفو): أي في العمد والخطأ[٤].

(ص): **(ولا يُعْتِقُ ولا يُطَلِّقُ في الصَّغِيرِ إلا بِعِوَضٍ، عَلَى وَجْهِ النَّظر)**

(ش): يعني وليس لولي الصغير أبًا أو غيره أن يطلق عليه إلا بعوض، ولا أن يعتق

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٩، والكافي: ١/٤٢٤.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٤، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٣.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٧، ومنح الجليل: ٦/١٢.

(٤) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٤، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٩.

عبدًا من عبيده ويرد العتق، إلا أن يكون الأب موسرًا؛ فيجوز ذلك على الأب، ويضمن قيمته في ماله.

قاله مالك في كتاب الشفعة[(١)].

(ص): (وللأب ذلك في الأنثى المجبرة، وفي غيرها من المحجور عليهن، وفي البالغ السفيه قولان)

(ش): أي وللأب أن يخالع عن الأنثى المجبرة.

(وفي غيرها)، إلى آخره، تقدم ذلك في الخلع، وعين هناك المشهور في السفيه؛ أنه لا يخالع عنه.

(ص): (ويعفو عن شفعته لمصلحةٍ؛ فتسقط)

(ش): الأخذ بالشفعة شراء، وقد يكون لمصلحة وقد لا يكون؛ فلذلك إذا رأى الإسقاط مصلحة، لا يكون للصبي أن يأخذ بالشفعة إذا رشد، وإن كان الأخذ هو المصلحة وترك، كان له الأخذ إذا رشد، وستأتي هذه المسالة في الشفعة[(٢)].

(ص): (وللسيد الحجر على رقيقه، حافظًا أو مُضيعًا)

(ش): لما انقضى كلامه على الأسباب الثلاثة؛ أعني الصبا والجنون والتبذير، شرع في الرابع، وذكر أن للسيد أن يحجر على رقيقه، وإن كان العبد حافظًا؛ لأن له حقًّا في ماله؛ إذ له انتزاعه.

و (حافظًا)، و(مضيعًا)، منتصبان على الحال من: (رقيقه)؛ لأن الرقيق - على ما ذكره الجوهري - للواحد والجمع؛ فلذلك جاء حاله مفردًا[(٣)].

(ص): (وحكم من أذن له السيد في التجارة حكم الوكيل المفوض له فيها)

(ش): أحال حكم العبد المأذون له في التجارة على حكم الوكيل المفوَّض؛ اعتمادًا على ما سيأتي - وقد يشبه المصنف في كتابه بما سيأتي، وقد تقدم تنبيهنا على ذلك - أو ليفيد الحكم في الجميع.

واعلم أنه إن أذن له في التجارة من غير تقييدٍ، كان كالمفوض فيها بلا إشكال، وإن خَصَّهُ بنوعٍ، فالمشهور - وهو مذهب "المدونة" -: أنه كذلك، وبه قال أصبغ، وقال

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ٢٦٦/١، والكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢٣/٢.

(٢) انظر: الاستذكار: ٢٦٠/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٥١١/٢.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٨٦/١٢، والتلقين: ٢١٨/٢.

سحنون ليس له أن يتجر بالدَّين إذا حجر عليه في التجارة به[١].

قال في "المقدمات": ويلزم من قوله: إذا حجر عليه. التجارة في نوع من الأنواع.

وعلى المشهور فقيد ذلك بعض الصقليين بأن يشهر ذلك ويعلنه، وأما إن أشهر فلا يلزمه.

ابن رشد: وهو صحيح في المعنى قائم من "المدونة" و"العتبية".

وعارض اللخمي مذهب ابن القاسم بما قاله ابن القاسم في المقارض - يدفع له المال على أن يتجر في صنف -: إنه إن اتجر في غيره كان متعديًا؛ وعلى هذا؛ فيحمل قول (المصنف: أذن في التجارة)، على أن المراد جنسها. سواء أذن له إذنًا مطلقًا أو مقيدًا؛ ليوافق المشهور.

قال في "المدونة": وإن أقعد ذا صنعة؛ مثل قصارة ونحوها، فلا يكون ذلك إذنًا في التجارة ولا في المداينة، وكذلك إن قال لعبده: أدِّ إلي الغلة، فليس بمأذون له في التجارة[٢].

(ص): **(وليس له أن يضع أو يُؤَخِّرَ، أو يعمل طعامًا إلا استئلافًا للتجارة)**

(ش): ليس للمأذون أن يضع من الدين، أو يؤخره، أو يعمل طعامًا يدعو الناس إليه؛ ولو كان عقيقة لولده. قاله في "المدونة".

والاستثناء عائد على الجمل المتقدمة[٣].

صرح بذلك في "المدونة"، وذهب سحنون إلى أنه لا يجوز التأخير بالثمن؛ لأنه إن لم يكن لمنفعة فواضح وإلا فهو سلف جر نفعًا.

وأجيب: باختيار ابن القاسم الثاني، ولا يلزم عليه المنع؛ لأنها منفعة غير محققة، وأيضًا فإنه منقوض بالحر؛ فإنه لا يجوز له التأخير بالأثمان؛ طلبًا لمحمدة الثناء.

وقيد اللخمي: جواز التأخير بما إذا لم يبعد الأجل، والوضيعة بما إذا لم تكثر[٤].

قال في "المدونة": ولا يجوز للعبد أن يعير من ماله عارية، مأذونًا كان أو غير مأذون، وكذلك العطية.

ابن المواز: وقال غيره: لا بأس أن يعير دابته إلى المكان القريب، ويعطي السائل

---

(١) انظر: المدونة: ٨٦/٤، والتلقين: ١٧٥/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٣/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٤/٢.

(٣) انظر: الثمر الداني: ٦٢٧/١، وحاشية الصاوي: ٢٨٠/٧.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٢/٥، وإرشاد السالك: ١٦٩/١.

الكسرة والقبضة.

(ص): **(وله أن يتصرف في الوصية له أو الهبة ونحوهما، ويقبلهما بغير إذن سيده)**

(ش): أي وللمأذون أن يتصرف فيما أوصي به أو وهب له ونحوهما كالصدقة، وله أن يقبل ذلك بغير إذن سيده.

وأقيم من "المدونة": أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة؛ لأن فيها: وما وهب للمأذون، وقد اغترقه دين، فغرماؤه أحق به من سيده، ولا يكون للغرماء من عمل يده شيء، ولا من خراجه، وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصي له به فقبله العبد.

عياض: هذا ظاهر في أن السيد لا يمنعه من قبوله، وظاهره أن الغرماء لا يجبرونه على قبوله[1].

أبو محمد صالح: وظاهره سواء وهب لأجل الدين أم لا.

(خ): ولو قيل: إن للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها، كان حسنًا؛ للمنة التي تحصل على العبد[2].

تنبيه:

اختلف الشيخان في قوله: وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد؛ فقال القابسي: هذا بشرط أن يُوهب له لأجل وفاء الدَّين؛ وأما إن لم يوهب له لذلك، فهو كالخراج يكون السيد أحق به[3].

وقال أبو محمد: الغرماء أحق به، سواء وهب له بشرط الوفاء أم لا.

(ص): **(وكذلك غير المأذون)**

(ش): التشبيه راجع إلى القبول فقط؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون، إلا أن يكون الواهب أو الموصي شرط في هبته ووصية: ألا حجر عليه فيها؛ فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه، كما قاله بعضهم في السفيه والصغير. قاله (ع).

(ص): **(وفي إمضاء أخذ المأذون القراض وإعطائه قولان؛ لابن القاسم وأشهب)**

(ش): **لا** يدل قوله: (وفي إمضاء)، على الجواز ابتداء، وفي "المدونة" في باب

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٧٩، والكافي: ١/٤٢٤.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٤، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٣.

(٣) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٧، ومنح الجليل: ٦/١٢.

القرض: وللمأذون دفع القراض وأخذه، ووافق سحنون أشهب على أنه ليس له ذلك؛ وسبب القولين: هل ذلك من باب التجارة؛ فيجوز الإذن فيها؟ أو الإجارة؛ فيمتنع؟

وإنما يظهر التعليل بالإجارة في أخذه، أو في إعطائه فعلل اللخمي منع أشهب بأنه إيداع للمال ولم يؤذن فيه والمساقاة كالقراض.

قيل: وإن أخذ المأذون له المال قراضًا فربح فيه، فما أخذ من الربح فهو مثل خراجه؛ لا يُقضى منه دينه ولا يتبعه إن أعتق؛ لأنه إنما باع منافع نفسه بذلك؛ فأشبه أن لو استعمل نفسه في الإجارات[1].

(ص): **(ويتعلق دينه بما في يده، ثم بذمته إذا عَتُقَ لا برقبته ولا بسيده)**

(ش): يعني ويتعلق الدَّين الواجب على المأذون بسبب التجارة، أو ما في معناه؛ من وديعة استهلكها بالمال الذي في يده، فإن فضل شيء تعلق بذمته إذا عتق[2].

وإتيان المصنف بـ: (ثم) الدالة على التراخي يدل على أنه لا يتعلق بذمته قبل العتق، وفيه نظر؛ لأنه لو كان كما قاله المصنف: إنه لا يتعلق بذمته قبل العتق لما كان للغرماء أخذه من هبة توهب له قبل العتق[3].

وأجاب (ع): بأن كلام المصنف مبنيٌّ على مذهب القابسي المتقدم؛ أنه إنما يكون للغرماء أخذ الهبة بشرط أن يوهب له لأجل وفاء الدَّين وقلما يوجد ذلك؛ فلا يتأتى الطلب إلا بعد العتق؛ وفيه تسليم إمكانه وإن قَلَّ فهو واردٌ عليه، وأيضًا فإن الأخذ هو القليل، وأما الدَّين فهو متعلق بالذمة.

والله أعلم.

وقوله: (لا برقبته)، تنبيهٌ منه على مذهب أبي حنيفة؛ أنه يتعلق برقبته، وحكي عن سحنون.

(ص): **(وَتُبَاعُ أُمّ وَلَدِهِ)**

(ش): اعلم أن أم ولد المأذون ليس فيها طرف من حرية، وإلا لكانت أرفع حالا من سيدها؛ إذ ليس فيه هو طرف من حرية؛ فلذلك بيعت في الدَّين وجاز بيعها في غيره، بشرط أن يأذن سيده.

أبو محمد وغيره: والعلة في أنه لا يبيع المأذون له أمَّ ولده إلا بإذن سيده؛ لأنها قد

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٢/٤٨٢، وحاشية الدسوقي: ٣/٢٢٤.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٤، وتهذيب المدونة: ٣/٢٥٩.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٨٧ والتلقين: ٢/١٧٦.

تكون حاملا، وحملها للسيد، فيكون قد باع عبدًا للسيد بغير أمره، وعلل ذلك بعضهم بأن العبد إذا عتق، تكون له أم ولد بالولد الذي ولدته في حال رِقِّ سيدها - على قول - ؛ فلذلك يبعها لذلك إلا بإذن سيده.

وهذا مبني على مراعاة الخلاف، وهذا لو كان كما ذكر؛ لما جاز له البيع؛ ولو أذن له سيده(١).

وأورد على الأول أنه يلزم منه عدم جواز بيع المأذون الأمة الموطوءة، وإن لم تحمل؛ لاحتمل أن تكون حاملا(٢).

وأجيب: بأن أم الولد قد صارت خزانة للمأذون بإيلادها المتقدم، بخلافها إذا لم تلد.

فرع:

وإذا قام الغرماء على المأذون، وأمته ظاهرة الحمل، فقال اللخمي: يؤخر بيعها حتى تضع، ويكون ولدها للسيد، وتباع بولدها، ويقوم كل واحد بانفراده قبل البيع؛ ليعلم كل واحد ما بيع به ملكه. وإن لم تكن ظاهرة الحمل، وبيعت في الدَّين ثم ظهر بها حمل، فهل للسيد فسخ البيع لحقه في الولد، أم لا؟ قولان(٣).

وأما إن باعها بغير إذن سيده ولم يظهر حمل لو ينقض البيع، ولم يذكروا في ذلك خلافًا.

وأما إن باع المأذون من أقاربه من يعتق على الحر فباعه بغير إذن السيد، فاختلف الشيوخ في نقض ذلك البيع؛ فقال بعض من سلّم أن بيع أم الولد لا ينقض: إنه ينقض هذا البيع، وقال غيره: لا ينقض.

(ص): **(دُونَ وَلَدِهِ، إلا أن يشتريه وعليه دين)**

(ش): أي دون ولده، فإنه لا يباع في دينه؛ لأنه مال للسيد، إلا أن يشتريه وعليه دين، فإنه يباع حينئذٍ للغرماء؛ لأنه أتلف أموالهم.

(ص): **(وهو - في قيام الغرماء، والحجر - كالحر، وقيل: يحجر السيد من غير حاكم، وقال اللخمي: ما لم يطل تجره)**

(ش): يعني والمأذون في قيام غرمائه وحجرهم عليه كالحر؛ فلا يكون ذلك

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

للسيد، وإنما يكون للحاكم؛ ولهذا قابله بقوله: (وقيل: يحجر السيد)[١].

ومقتضى كلام المصنف أن الأول هو المشهور؛ لتصديره وعطفه عليه بـ: (قيل)، وهو قول ابن القاسم؛ فقد نقل عنه ابن حارث: أنه لو أراد السيد الحجر عليه، لا يجوز له ذلك إلا بإذن السلطان[٢].

وفي "المدونة": لا ينبغي لسيد المأذون أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس، ويأمر به ويطاف به حتى يعلم ذلك منه، ثم قال: وليس للغرماء أن يحجروا عليه، وإنما لهم أن يقوموا عليه، فيفلسوه، وهو كالحر في هذا.

فانظر قوله: (ينبغي)، هل معناه الوجوب بدليل آخر كلامه، وما نقله ابن حارث؟ وعلى هذا حمل "المدونة" بعض من تكلم على هذا الموضع من كلام المصنف أو هو على بابه؟ وإليه ذهب أبو الحسن[٣].

وقوله: (وقيل: يحجر السيد من غير حاكم)، هذا القول نقله ابن شاس، وظاهر كلامه أن قول اللخمي ثالث، وإنما ذكره اللخمي على أنه المذهب.

(ع): ولا ينبغي أن يعدل عنه.

(ص): **(وأما الانتزاع إذا لم يَكُن غُرَمَاءُ، فكغيره)**

(ش): أي فكغير المأذون في الانتزاع، إلا أن يتعلق حق الغرماء بما في يد العبد؛ فلا يكون للسيد حينئذٍ انتزاع.

(ص): **(وإذا كان تجره لسيده، وهو نصرانيٌّ، لم يجز لسيده تمكينه من تجرٍ في خمرٍ ونحوه، فإن كان لنفسه، ففي جواز تمكينه قولان)**

(ش): لأنه إذا تجر لسيده، فهو كوكيل له؛ فلذلك لا يجوز لسيده أن يمكنه من شراء خمر ونحوه وأما إن تجر لنفسه، وعامل أهل الذمة، فقولان؛ أجراهما اللخمي على أنهم: هل هم مخاطبون بفروع الشريعة فلا يمكن، أم ليسوا مخاطبين فيمكن؟ وقد يجريان على أن من ملك أن يملك، هل يعد مالكًا، أم لا؟

اللخمي: وكان لابن عمر رضي الله عنهما عبدٌ نصراني يبيع الخمر، فمات فورثه.

فرع:

أما العبد غير المأذون فروى أشهب عن مالك: لا يشترى من العبد الذي لم يؤذن

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٥/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٤/٢.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٨٠/٢، والكافي: ٤٢٥/١.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

له في البيع والشراء وإن قلَّ مثل الخف وشبهه، ولا يقبل قوله: إن أهله أذنوا حتى يسألهم[١].

(خ): ولعلَّ هذا لأن العبيد لا يبيعون ولا يشترون في عادتهم، وأما عندنا فالعبد يبيع ويشتري، ولا سيما الشيء القليل؛ فينبغي أن يقبل قوله كما قبلوه في الهدية والاستئذان إذا قال: سيدي أهدى لك هذا، أو أذن لك في الدخول.

قال القرافي في "قواعده": يجوز تقليد الصبي والأنثى، والكافر الواحد في الهدية والاستئذان وهو مستثنى من الشهادة؛ لما يحتف به من القرائن والضرورة[٢].

(ص): (ويحجر لحق الورثة في المرض المخوف، فيما زاد عن حاجته من أكله وكسوته وتداويه)

(ش): لما في "الصحيحين"، أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم، وهو مريض وقال: "إِنَّهُ لا تَرِثُنِي إِلا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ؛ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَي مَالِي؟ قَالَ: لا. قَالَ: فَالشَّطْرُ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: لا. فَقَالَ: الثُّلُثُ؟ قَالَ: الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ"[٣].

و (المخوف): الذي يخاف على صاحبه الموت، واحترز به مما دونه، فلا حجر على صاحبه، وسيأتي.

وقيد الحجر بما زاد على حاجته وأما حاجته فلا يحجر عليه فيها.

و (من) في قوله: (من أكله) لبيان الجنس.

وحاصله: أنه لا حجر عليه فيما يأكله، ويتداوى به، ويكتسبه، وإنما يحجر عليه فيما زاد على الثلث بالنسبة إلى العطايا، فإن فعل فقال المصنف:

(ص): (ويوقف كل تبرع، فإن مات فمن الثلث وإلا فكإنشاء الصحة)

(ش): كل تبرع؛ أي عتقًا كان أو غيره، وظاهره: كان له مال مأمون أم لا، وهو قول مالك الأول، والذي رجع إليه في المأمون أنه ينفذ ما بتل من عتق وغيره في المرض.

قال في كتاب العتق: وليس المال المأمون عند مالك إلا في الدور، والأرضين، والنخل، والعقار[٤].

---

(١) انظر: الذخيرة: ١٦٥/٨، وتهذيب المدونة: ٢٦٠/٣.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٥/٣.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٧٤٤، و٣٩٣٦) ومسلم برقم (١٦٣٠).

(٤) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

(فإن مات): أي بعد إنفاقه فتبرعه خارج من الثلث، كالوصايا.

و (إلا)، أي وإن لم يمت، (فكإنشاء الصحة)؛ فيكون ذلك بمنزلة مَا لَو أنشأ ذلك التبرع في الصحة، فيلزمه ذلك، وفي بعض النسخ: (وإلا فكاستئناف الصحة)، وهو ظاهر.

(ص): (ولا يحجر عليه في المعاوضة والمحاباة فيها من الثلث)

(ش): أطلق المعاوضة؛ ليتناول البيع، والشراء والإجارة، والقراض، والمساقاة.

(ع): لكن يدخل تحته النكاح والخلع؛ لأنهما من عقود المعاوضة، وليس للمريض فعلهما؛ فلو قيدها؛ فقال: في المعاوضة المالية لكان أحسن.

(خ): ولعله اعتمد على ما قدمه في النكاح والطلاق.

(والمحاباة فيها من الثلث)، مثاله: لو باع سلعته بعشرين، وهي تساوي أربعين، فإنه يجعل العشرين المتروكة في الثلث.

وظاهر قوله: (والمحاباة من الثلث)، أن ما عدا المحاباة يمضي، ولو كان مما تطلب فيه المناجزة كالصرف، وهو مذهب أصبغ؛ خلافًا لسحنون.

(ص): (والمخوف: ما يَحْكُمُ الطِّبُّ بأنَّ الهلاك به كثير)

(ش): مراده بالكثير: أن يكون الموت عن هذه الأشياء شهيرًا، ولا يتعجب من حصول الموت معه، لا أنه يكون الغالب من حال ذلك المرض الموت منه - كما هو ظاهر كلام المازري - وهو الذي يدل عليه كلامهم في الملجج ونحوه.

(ص): (كالحمى الحادة، والسل، والقولنج، وذات الجنب،، والإسهال بالدم، وكالحامل تبلغ ستة أشهر)

(ش): هذه أمثلة للمرض المخوف. و(السل) بكسر السين.

الجوهري: والمجنوب هو الذي به ذات الجنب، وهي قرحة تصيب الإنسان داخل جنبه.

واختلف: هل يحجر بمجرد دخول الحامل الشهر السادس؟ أو حتى تكمله؟

ورأي المازري: أنه لا يحكم لها في الستة، ولا بعدها بحكم المريض.

قال: وحكى بعضهم الإجماع على أنها في حالة الطلق كالمريض، فإن صح الإجماع، وإلا فمقتضى النظر أنه لا يحكم لها بذلك؛ لأنه لو كان الموت عن هذا المرض غالبًا، لزم ألا تلد المرأة إلا مرة واحدة، والمعلوم خلافه؛ وهذا أيضًا يدل على

أنه اعتبر في المخوف كون الموت عنه أكثريًّا[١].

ابن القاسم ويعلم بلوغها الستة بقولها، ولا يسأل عن ذلك النساء.

(ص): **(والمحبوس للقتل، أو قطع يد أو رجل، إن خيف عليه الموت)**

(ش): أي لقتل وجب عليه، ببينة عادلة أو اعتراف، وأما إن ادُّعي عليه القتل، فحبس ليستبرأ أمره، فلا، وحكى ابن عبد البر الإجماع على أن من قدم للقتل، في قصاص أو رجم، كالمريض.

وقوله: (أو قطع يد أو رجل)، ظاهره أنه معطوف على ما تقدم، فيكون محبوسًا لقطع يد أو رجل، وإنما ذكر في "المدونة": إذا قُرِّب لقطع يد أو رجل؛ ولا يلزم مما ذكره في "المدونة" ما ذكره المصنف؛ لأن الخوف فيمن قرب أكثر.

واعترضت هذه المسألة بأنه لَو خِيفَ عليه الموت بالقطع لم يَقُم عليه الحد، وأجاب بعضهم بأنه لم يقصد الكلام عليه، وإنما أجاب عن الفعل الذي سئل عنه، ولو سئل: هل يقام الحد على من هذه حاله؟ لقال: لا.

وقيل: لعله مفروض فيمن كان من الحاكم يرى قتله - حينئذٍ - صوابًا، أو يجهل ذلك.

أجاب القابسي بأن الخوف طرأ بعد إقامة الحد، وهو إحالة للمسألة لوجهين:

أحدهما: أنه قال في السؤال: قُرِّب لضرب الحد[٢].

والثاني: قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح، ولو كان كما قال لكان مريضًا لا يختلف في فعله، وأجاب ابن أبي زيد بأن الخوف إنما حدث منه، أو أدركه من الجزع ما يدرك حاضر الزحف؛ فيحكم له بحكمه، وهذا أشبه وأولى.

ولو كان القطع لحرابة، لم ينبغ أن يلتفت إلى الخوف عليه، وأقيم الحد عليه بكل حال، إذا حد حدوده القتل[٣].

(ص): **(وحاضر الزحف)**

(ش): هكذا قال الباجي: إنه لا يحكم له بحكم المريض، إلا إذا كان في صف المقاتلين وحملتهم، وأما إن كان في النظارة أو متوجهًا للقتال قبل وصول الصف، فلا.

قال: ولو أر في صف الردِّ نَصًّا وأرى أن لا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في

---

(١) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٨، وحاشية الصاوي: ٧/٢٨١.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٣، وإرشاد السالك: ١/١٧٠.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

صف المقاتلة.

(ص): **(بخلاف الملجج في البحر والنيل وقت الهول، على المشهور)**

(ش): القولان لمالك في "المدونة"؛ ففيها: وراكب البحر والنيل حين الخوف والهول.

قال مالك: أفعاله من رأس ماله، وروي عنه أنها من الثلث.

ونَص المسألة عند ابن يونس، قلت: فمن طلق زوجته، وهو في سفينة لجج البحر، أو النيل، أو الفرات، أو دجلة، أو بطائح البصرة؟ قال: قال مالك: إذا أصاب أهل البحر النوء، والريح الشديد، فخافوا الغرق فأعتق أحدهم عبدًا في تلك الحال، فهو من رأس المال، ولا يشبه هذا المخوف وقد روي عن مالك: أن أمر راكب البحر في الثلث.

ابن المواز: والطلاق على نحو هذا من الاختلاف.

وقد علمت أن المراد بقول المصنف: (وقت الهول)، وقت حصوله لا وقت زمانه.

وذكر في "البيان " في راكب البحر، في الوصايا ثلاثة أقوال:

الأول: إجازة فعله على كل حال قال: وهو رواية ابن القاسم عنه في "المدونة".

والثاني: إن فعله لا يجوز على كل حال، وهو ظاهر ما حكى سحنون عن مالك في "المدونة"[(١)].

والثالث: الفرق بين حال الهول فيه وحال غير الهول، وهو دليل قول ابن القاسم في "العتبية". قال: وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن راكب البحر في حال الهول أخوف على نفسه من المريض[(٢)].

(ع): واختلف فيمن جمحت به دابته، فظاهر قول مالك وأشهب وابن وهب: أن حكمه كالمريض، وقال ابن القاسم: حكمه كالصحيح.

(ص): **(بخلاف الجرب، والضرس، وَحُمَّى يَوْمٍ، وَحُمَّى الرِّبْعِ، والرَّمَدِ، والبَرَصِ، والجُذَامِ، والفالج)**

(ش): لأن الغالب على أصحاب هذه الأمراض السلامة والموت منها نادر، وينبغي أن يرجع في هذا إلى ما يقوله ثقات الأطباء فربما أزمة حمَّى الربع خيف منها الموت؛ ولهذا قال في "المدونة": وأما المفلوج، وصاحب حمى الربع، والأجذم،

---

(١) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

والأبرص، وذو القروح، والجراح، فما أقعده، وأضناه، وبلغ به حد الخوف عليه، فحكمه حكم المريض، وما لم يبلغ به ذلك، فله حكم الصحيح.

وكأن المصنف إنما تكلم على هذه الأمراض بمجردها، من غير أن تُقْعِد وتضني. والله أعلم[١].

(ص): **(وَيَحْجُرُ الزَّوْجُ فِيمَا زَادَ على الثُّلُث بهبةٍ، أو صَدَقَةٍ، أو عِتْقٍ، أو غيره؛ مِمَّا ليس بمعاوضة)**

(ش): هذا هو السبب السابع، وخالفنا فيه أبو حنيفة، والشافعي، ودليلنا ما رواه أبو دَاوُد والنسائي، عن دَاوُد بن أبي هند، وحبيب المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ أَمْرٌ فِي مَالِهَا، إِذَا مَلَكَ زَوْجُهَا عِصْمَتَهَا"[٢].

وفي النسائي أيضًا، عن حبيب المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: لما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قام خطيبًا، فقال في خطبته: "إِنَّهُ لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ، إلا بِإِذْنِ زَوْجِهَا"[٣].

قال يحيى القطان: إذا روى عن عمرو بن شعيب ثقةٌ - وداوُد وحبيب ثقتان - خرج لهما الأئمة.

ولأن للزوج حقًّا في التجمل بمالها؛ ولذلك تزوجها؛ فلو كان لها أن تتصرف فيه، وتهبه بغير إذنه، لأضر ذلك به[٤].

قوله: (فيما زاد على الثلث)؛ يعني وأما الثلث فدونه، فلا حجر عليها في ذلك؛ إما لأنها لما كانت محجورًا عليها لغيرها، كانت كالمريض، فيكون من باب تخصيص الخبر بالقياس، وَأَمَّا لما في "الصحيحين": أنه عليه الصلاة والسلام خطب يوم عيد، وأتى النساء، فقال: "تَصَدَّقْنَ. فَجَعَلْنَ يَتَصَدَّقْنَ مِنْ حُلِيِّهِنَّ يُلْقِينَ فِي ثَوبِ بِلالٍ مِنْ أَقْرِطَتِهِنَّ وَخَوَاتِيمِهِنَّ"[٥].

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٣٥٤٦) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه بسند حسن، والنسائي في الصغرى، برقم (٣٧٥٦).

(٣) انظر: السنن الصغرى، للنسائي، رقم (٢٥٤٠، و٣٧٥٧).

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

(٥) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٣٠٤، و١٤٦٢، و١٤٦٦) من حديث أبي سعيد الخدري، =

فيجمع بين الحديثين بجواز اليسير دون الكثير.

(والثلث): هو اليسير المأذون فيه بقوله عليه الصلاة والسلام: "الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ".

لاسيما، وقد روى ابن حبيب أنه عليه الصلاة والسلام قال: "لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ أَنْ تُعْطِي مِنْ مَالِهَا شَيْئًا لَهُ بَالٌ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا"[1]، وشمل الزوج العبد، وهو ظاهر المذهب، ورواه أشهب، وابن نافع عن مالك، وقال ابن وهب في "العتبية": العَبْدُ بِخِلافِ الحُرِّ؛ لزوجته الحرة أن تتصدق بجميع مالها.

أصبغ وليس بشيءٍ وله من الحق ما للحر.

محمد: ولولي السفيه أن يحجر على زوجته[2].

ومفهوم كلام المصنف أنه لا يمنعها من الثلث فأقل، ولو قصدت به الضرر، وهو قول ابن القاسم وأصبغ في "الواضحة"، وقال مطرف وابن الماجشون وأشهب عن مالك: إذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج، فله رده، واختاره ابن حبيب، وقيل: إن ضَارَّت بالثلث رُدَّ؛ لا بأقل. وقوله: (بعتقٍ أو غيره)، يدخل فيه التدبير، وهو قول ابن الماجشون، ولمالك في رواية ابن القاسم ومطرف: أنه يمضي، وإن زاد على الثلث.

واختلف أيضًا، إذا أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره؛ فقال ابن القاسم وابن أبي حازم: ذلك ماضٍ، وقال ابن الماجشون: هو مردود[3].

واحترز بـ (ما ليس بمعاوضة)، من البيع والشراء ونحوهما؛ فلا حجر عليها في ذلك.

واختلف، هل لها أن تقرض، كالبيع؟ وهو قول ابن دحون؛ لأنها تقتضيه، أم لا، كهبتها؟ وهو قول ابن الشقاق.

ومنع في "المدونة" كفالتها؛ أي بأكثر من الثلث؛ واحتج به من منع قرضها، وفرق بأن في القرض هي الطالبة، وفي الحمالة هي المطلوبة.

=

وزينب الثقفية، وأخرجه مسلم، برقم (٨٨٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهم.

(١) انظر الموطأ برواية يحيى الليثي، رقم (١٠٣٤).

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

(٣) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٥، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٤.

(ص): (وهو جائز حتى يرده الزوج، وقيل: مردود إن لم يتقدم إذنه)

(ش): ضمير: (هو)، عائد على: (ما)، في قوله: (فيما زاد)، والقول الأول هو قول ابن القاسم، ورواه عن مالك، وقاسه على عتق المديان، وبه قال أصبغ قال في "المقدمات": وهو المعلوم من قول مالك وأصحابه.

والقول الثاني لمطرف وابن الماجشون.

وفرق بينهما وبين المديان؛ بأن الغرماء لا يصح لهم رد إلا بثبوت الدَّين، واغتراق الذمة بالبينة، وهذا زوج لا يكلف البينة.

ومنه ثمرة هذا الخلاف على ما قاله ابن رشد: لو اختلف الزوجان فيما أعطت هل هو الثلث أو أزيد؟ فمن جعل عطيتها على الرد، قال: القول للزوج، ومن جعل عطيتها على الإجازة، قال: القول للمرأة[١].

(ص): (وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَأَيَّمَتْ مَضَى، اتِّفَاقًا)

(ش): يعني وإن لم يعلم الزوج بعطيتها أكثر من الثلث حتى تأيمت الزوجة بطلاق الزوج أو بموته، مضى ما أعطته، ولم يكن للزوج ولا لورثته مقال، بالاتفاق؛ أما على القول بأن فعلها على الجواز حتى يرد، فظاهر، وأما على الآخر فلأن الزوجية معتبرة شرطًا في الرد، وقد فقدت.

ورد ابن يونس قول مطرف وابن الماجشون - إن فعلها على الرد - بالاتفاق في هذه المسألة؛ قال: لأنه إذا كان على قولهما - على الرد - فينبغي إذا تَأَيَّمَتْ، أن يكون له الرجوع فيه؛ لأنه لم يزل مردودًا[٢].

(ع): وظاهر كلام ابن حبيب وجود الخلاف في موت الزوج؛ هل لورثته مقال؟ والخلاف موجود فيما إذا رد الزوج فعلها، ولم يخرج من يدها حتى تأيمت.

(ص): (وحتى ماتت، قولان)

(ش): يعني وإن لم يعلم الزوج بعطيتها حتى ماتت، فقال ابن القاسم: ذلك ماضٍ، كتأيمها، وقال ابن حبيب: إذا لم يعلم الزوج بما فعلت؛ من عتق وعطية حتى ماتت هي، أو لم يعلم السيد بفعل العبد حتى مات، فذلك مردود لأن لهما الميراث.

ولعل القولين مبنيان على أن فعلهما هل هو على الإجازة، أو على الرد؟

---

(١) انظر: الاستذكار: ٦/٥٠٨، ومنح الجليل: ٦/١٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٦٥، وتهذيب المدونة: ٣/٢٦٠.

(ص): (وإذا تبرعت بما زاد فله أن يُجِيزَ الجميع أو يَرُدَّهُ، وقيل: أو يَرُدَّ مَا زَادَ على الثلث خَاصَّةً كالمريض سِوَى العتق؛ لأنه لا يتبعض)

(ش): (بما زاد).

ظاهره: قلَّت الزيادة أم كثرت، وهو قول ابن نافع، وقال ابن القاسم في "المدونة" إذا زادت، كالدينار ونحوه نفذ الجميع.

وقوله: (أو يرده)؛ أي الجميع، وهذا قول ابن القاسم في "المدونة"، والقول بأنه لا يرد إذا زاد إلا ما زاد على الثلث هو للمغيرة، وشَبَّه ذلك بالوصايا، وبقوله قال ابن الماجشون، وزاد؛ فقال: وأما العبد فيعتق جميعه أو يرده لئلا يعتق المالك للجميع بعض عبده بلا استمتاع ونقله ابن يونس عن مالك، وابن القاسم، وابن أبي حازم، ومطرف، وابن دينار: والمغيرة، وغيرهم[1].

وهذا هو الذي قصده المصنف بقوله: (سوى العتق؛ لأنه لا يتبعض)،

وقال ابن القاسم: يعتق ثلثه فقط، وإن كره الزوج، ورواه عن مالك وعلى هذا فقوله: (سوى العتق) ليس متفقًا عليه.

وقول المصنف في القول الثاني: (وقيل: أو يرد) صوابه إسقاط: أو، فإن قلت: فما الفرق - على المشهور - هنا في أن للزوج رد الجميع، وبين المريض، والموصي في أنه لا رد لهما إلا فيما زاد على الثلث؟ قيل: لأن الأصل إبطال الجميع في الثلاث مسائل؛ لكونه وقع على وجهٍ ممنوعٍ؛ فأبطلناه في حق الزوجة؛ لأنها يمكنها استدراك غرضها بإنشاء الثلث ، ثانيًا، بخلاف المريض والموصي، فإنَّا لو أبطلنا الجميع لم يكن استدراك الغرض؛ لموت المعطي، والله أعلم[2].

(ص): (وليس لها - بعد التبرع بالثلث - التبرع في بقيته؛ إلا في مال آخر)

(ش): ظاهره سواء كان بين التبرعين زمان قريب، أو بعيد، وهو قول عبد الوهاب.

اللخمي: وهو أحسن.

(ر): وهو أصح.

ووجه المازري بأنها لو أجيز لها بعد إخراج الثلث الإخراج من هذا المال بعينه للزم أن تفنيه في كرات وهو خلاف المقصود.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٥/٣.

(٢) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

لكن قال: المعروف من المذهب أنه لا يمنعها مطلقًا، فقد قال ابن المواز: إذا تصدقت بثلث مالها ثم بثلث ما بقي، وبعد ما بين العطيتين تمضي الصدقتان، وحده ابن سهل بالسنة فما فوقها[١].

وفصَّل أصبغ؛ فقال: إذا أعتقت رأسًا، ثم رأسًا، والزوج غائب، ثم قدم، فإن كان بين ذلك ستة أشهر، فَكُلُّ واحدٍ عتقٌ مؤتنف؛ ينظر فيه: هل يحمله الثلث وقت العتق أم لا؟ وإن كان بين ذلك اليوم واليومان؛ فإن حمل جميعهم الثلث، وإلا رد جميعهم، كعتقهم لها في كلمة، وإن كان بين ذلك مثل الشهر والشهرين مضى الأول إن حمله الثلث، ورد ما بعده وإن حمله الثلث؛ لأن مخرجه للضرورة[٢].

ورده ابن يونس وغيره بأنه إذا كان مجموعهما الثلث؛ فينبغي أن يجوز كما لو كانا بكلمةٍ واحدة ، إلا أن يعلم أنها قصدت الضرر؛ فيدخله الاختلاف المتقدم[٣].

(ع): والأقرب ما قاله المؤلف ، ولكن طرده يقتضي أنها لو تصدقت بسدس مالها أو بربعه ، ثم أرادت بعد ذلك بزمان طويل أن تتصدق لم يكن لها إلا تمام الثلث ، إن لم يتزايد مالها[٤].

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٤، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠٥.

(٢) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٨، وحاشية الصاوي: ٧/٢٨١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٣، وإرشاد السالك: ١/١٧٠.

(٤) انظر: الثمر الداني: ١/٦٢٨، وحاشية الصاوي: ٧/٢٨١.

كتاب الصلح

(ص): **(الصلح معاوضة كالبيع ، وإبراء ، وإسقاط)**

(ش): النووي: الصلح ، والإصلاح ، والمصالحة ، والاصطلاح: قطع المنازعة ، وهو مأخوذ من صلح الشيء؛ بفتح اللام وضمها؛ إذا كمل ، وهو خلاف الفساد ، يقال: صالحته مصالحة ، وصِلاحًا ، بكسر الصاد.

ذكره الجوهري وغيره، والصلح يُذَكَّر وَيُؤَنَّث ، وقد اصطلحا واصَّالحا وتصالحا.

وروى الترمذي - وحسنه - أنه عليه الصلاة والسلام قال: "الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ ، إِلا صُلْحًا حَرَّمَ حَلالا أَو أَحَلَّ حَرَامًا وَالمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم ، إِلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلالا أَو أَحَلَّ حَرَامًا"[1].

وقوله: (معاوضة) إلى آخره ، الظَّاهر أنه قصد بالإبراء والإسقاط شيئًا واحدًا؛ لأنه كذلك في "الجواهر" و"التلقين"، ولأن المصنف إنما تعرض للكلام على الإبراء؛ فلو كان الإسقاط مباينًا له لتعرض له[2].

ويحتمل أن يكون قَسَّمَهُ إلى ثلاثة أقسام ، وهو اللائق باختصار المصنف، وأنه لا يذكر لفظة زائدة ، وإلى هذا ذهب (ع)؛ وقال: في المعاوضة أخذ ما يُخَالِفُ الشيء المُدَّعى فيه؛ إمَّا في الجنس أو في الصفة ، والإبراء: إسقاط بعض ما في الذمة ، إذا كان المُدَّعَى فيه غير مُعَيَّنٍ ، والإسقاط: وضع بعض المدعى فيه المعين؛ كدار أخذ بعضها ، وقيل: استعمل الإسقاط للعيب ، والإبراء لترك البعض[3].

وقال (ر): الإبراءُ أعمُّ من الإسقاط؛ لوجوده مع عدم ثبوت الحق في الإبراء من التهم ، ومع ثبوته في الإبراء في الديون الثابتة ، وأما الإسقاط فلا يكون إلا في الحقوق الثابتة ، واعترضه (ع) بأن المصنف لم يتعرض للإبراء من التهم؛ فلا يحسن أن يُقَالُ: إن المصنف أراده ، وإن كان صحيحًا من جهة اللغة[4].

(ص): **(فالصلح عن الدَّين كبيع الدَّين ، وعن البعض إبراءٌ عن البعض ،**

---

(١) انظر: جامع الترمذي، رقم (١٣٥٢).

(٢) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

(٤) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

والوضيعة لازمة)

(ش): أي إذا ادَّعى عليه دينًا فأقرَّ به ، فصالحه عنه؛ فإن صالحه عن جميعه بعوض يأخذه فذلك كبيعه منه؛ فيشترط في الصلح ما يشترط في بيعه ، وإن صالحه عنه بترك بعضه ، فهو إبراء عن البعض ، وما وضع عنه فهو لازم له؛ لأنها هبة مقبوضة؛ ويشترط فيها قبول الموهوب في حياة الواهب ، وهل يكفي في ذلك قبول الموهوب له بعد موت الواهب؟ فيه قولان(١).

(ص): (ويقدر الدين والمقبوض كالعوضين)

(ش): أي يقدر الدين المدعى به والمقبوض عنه كالعوضين في البيع؛ أي كما لو باع الدين بعوض؛ فما يجوز في البيع يجوز في الصلح ، وما يمتنع يمتنع.

(ص): (فيعتبر ضع وتعجل ، وحط الضمان وأزيدك ، وبيع الدَّين بالدَّين)

(ش): عطفه بالفاء؛ لأنه كالنتيجة عما قبله.

و (ضع وتعجل) ، يكون في العين وغيرها؛ كما لو ادَّعى عليه بعشرة دراهم أو عشرة أثواب إلى شهر، فأقر بذلك ، ثم صالحه على ثمانيةٍ نقدًا.

و (حط الضمان وأزيدك) ، إنما يكون في غير العين؛ كما لو ادَّعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر فصالحه على اثني عشر نقدًا؛ وإن صالحه عنها بدراهم أو دنانير مؤجلة لم يجز؛ لأنه فسخ دين في دين ، وهذا معنى قوله: (وبيع الدَّين بالدين)(٢).

وكذلك يعتبر الصرف المؤخر؛ كما لو صالحه عن دنانير مؤجلة بدراهم أو بالعكس، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه؛ فلا يجوز لمن ادَّعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره(٣).

وكذلك تعتبر معرفة ما يصالح عنه؛ فإن كان مجهولا لم يجز؛ ولذلك اشترط في "المدونة" - في صلح الولد للزوجة عن إرثها - معرفتها بجميع التركة، وحضور أصنافها ، وحضور العرض ، ومن عليه العرض ، وإقراره وإلا لم يجز(٤).

وكأن المصنف نبَّه بالموانع الثلاثة على ما عداها.

(ص): (وأما الصلح على ترك القيام بالعيب، فابن القاسم يرى أنه مبايعةٌ بعد فسخ

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٥/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٤/٢.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٤٨٠/٢، والكافي: ٤٢٥/١.

(٤) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

الأولى؛ فيعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف، وفسخ دَينٍ في دَينٍ ، وأشهب يرى البيع الأول باقيًا ، وهذا عوض عن الإسقاط؛ فيعتبر ما يحلُّ ويحرُمُ من سلفٍ جَرَّ منفعة ، وفسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ)

(ش): يعني أن من اشترى سلعة ، ثم اطَّلع على عيب بها ، فقام به فأقر به البائع، أو قامت به بينة ، واصطلحا على شيء يدفعه له ويترك القيام بالعيب ، فرأى ابن القاسم أن العقدة الأولى قد انحلت ، وهذه إنشاء مبايعة أخرى، ورأى أشهب أن العقدة الأولى باقية، وما وقع به الصلح عوض عن ترك القيام بالعيب.

ومنشأ الخلاف: هل من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا؟

وأحسن من هذا أن يُقَال - كما قال المازري وابن شاس وغيرهما -: إنَّ مَنْ خُيِّرَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ؛ هل يُعَدُّ أنه مالك لما يختاره قبل اختياره ، أم لا؟ فإن المتمسك بهذا المعيب ملك أن يتمسك وأن يرد، فهل يقدر أنه ملك الرد قبل اختياره؛ فيكون الصلح عما ملك ، أو يكون مالكًا إلا لما اختاره ، وهو التمسك؟

واختار جماعة قول أشهب؛ لأن القيام بالعيب لا يلزم فيه حل البيع.

اللخمي: وهو أقيس ، إذا قام بالعيب ولم يقل: رددت ، فإن قال: رددت، فالجواب على قول ابن القاسم ، وقد نقل ابن القصار عن مالك أن قول المشتري: رددت فسخٌ للبيع ، وإن لم يحكم بذلك ويظهر ما بناه المصنف على كل قول بالتمثيل[1]:

(ص): (فمن اشترى عبدًا بمائة نقدًا ونقدها ، فصالح عن عيب بمعجل من ذلك النقد أو من العروض، جاز عندهما)

(ش): قوله: (عبدًا) ، مثال ، وتبع في فرض المسألة "المدونة" وقيدها في "المدونة" بما إذا كان العبد باقيًا، وذكر للمسألة شرطين: أن يكون الشراء بالنقد وأن يكون قد نقد الثمن ، فإذا صالحه بنقد أو عرض جاز عند ابن القاسم وأشهب.

والجواز على قول أشهب واضح، وكذلك على قول ابن القاسم؛ لأنه لما انتقض البيع الأول وجب للمشتري عند البائع مائة؛ أخذ عوضًا عن تسعين منها عبداً واستردَّ عشرة[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

ولهذا كان من شرط الجواز أن تكون العشرة من سِكَّةِ المائة ، وهو معنى قوله: (من ذلك النقد).

أما إن كانت من سِكَّةٍ أُخْرَى فيمتنع؛ لأنه بيع ذهب وعبد بذهب.

(ص): **(فلو صالح بعشرةٍ إلى شهرٍ منع ابن القاسم؛ لأنه بيع وسلف؛ لأنه اشترى حينئذٍ العبد بتسعين ، وأخره بالعشرة، وجوَّزه أشهب؛ لأنها عن عيب).**

(ش): منع ابن القاسم؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى وجب للمشتري في ذمة البائع مائة حالَّة؛ اشترى بتسعين منها عبدًا وأخره بعشرة ، وذلك سلف؛ فصار العقد مشتملا على البيع والسلف ، وجوز أشهب؛ لأن العقدة الأولى عنده منعقدة؛ فصارت العشرة المؤخرة مأخوذة لأجل العيب وليس فيها سلف[1].

(ص): **(فلو صالح قبل النقد على تسعين ويؤخر العشرة إلى أجل، انعكس القولان؛ لأنه عند ابن القاسم تأجيل لبيع مستأنف، وهو جائز ، وعند أشهب: أخَّره بالعشرة؛ ليُسْقط العيب؛ فهو سلف جر منفعة)**

(ش): أي فلو كانت المسألة بحالها؛ أي اشترى عبدًا بمائةٍ نقدًا - ولكن لم ينقد المشتري المائة حتى اطَّلَع على العيب ، فصالحه البائع على أن يأخذ منه الآن تسعين ويؤخره بالعشرة الأولى إلى شهرٍ مثلا ، (انعكس القولان)؛ أي في الصورة الأولى؛ لأن ابن القاسم منع في الأولى وأجاز أشهب ، وهنا بالعكس، وإلا فكلٌّ باقٍ على أصله.

وإنما أجاز ابن القاسم؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى ، لم يبق للبائع في ذمة المشتري شيء ، ثم باعه العبد بيعًا ثانيًا بمائة؛ منها تسعون معجَّلة ومنها عشرة مؤجلة ، ولا مانع في ذلك ، ومنع أشهب؛ لأن العقدة الأولى منعقدة؛ فللبائع في ذِمَّةِ المشتري مائة مُعجَّلة؛ أخرَّه منها بعشرة وذلك سلف؛ ليسقط عنه القيام بالعيب؛ فيكون سلفًا جَرَّ منفعةً[2].

وهذا القدر كاف في تصور كلام المصنف ، وإلا فالمسألة يتصور فيها ست وثلاثون صورة؛ وبيان ذلك: أنه إما أن يشتريه بدنانير أو بدراهم ، وينقدها ، أو بدنانير أو بدراهم ولا ينقدها ، أو بنقدٍ مُؤخَّرٍ. وكل من هذه الثلاث يتصور فيها اثنتا عشر صورة؛ فيقال: إذا اشتراه بنقد ، ونقده؛ فإما أن يصالح بدراهم ، أو بذهب، أو بعرض؛

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

فهذه ثلاثٌ.

ثم كل منها ينقسم إلى قسمين ، معجَّلٌ ومُؤَجَّلٌ؛ فهذه ست ثم للعبد حالتان: تارةً يكون قائمًا وتارةً يكون فائتًا ، وكذلك الكلام فيما إذا اشتراه بدراهم ولم ينقد ، أو بدراهم مؤجلة.

ولعل المصنف استغنى عن ذكر هذه الأقسام ، ورأى أن من فهم ما ذكره يمكنه فهم ما تركه؛ ولنترك نحن أيضًا الكلام عليها تبعًا له؛ لأن القصد الأهم حل كلامه.

(ص): **(ويجوز الصلح على ذهبٍ من ورقٍ وبالعكس ، إذا كانا حالين وعجل)**

(ش): هذه المسألة راجعة إلى صرف ما في الذمة ، ومعنى كلامه أنَّ من ادَّعى على رجل ذهبًا فأقر به؛ فإنه يجوز له أن يصالح عنه بورق معجل وبالعكس[1].

ولا شك في اشتراط تعجيل العوض ، وأما حلول ما في الذمة فهو جار على المشهور من أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفًا ، وأما الشاذ - أن الذمة تبرأ - ، فيجوز وإن كان كلامه مؤجلا ، وعلى قول أشهب - بمنع صرف ما في الذمة - تمتنع المصالحة هنا.

(ص): **(والصلح على الإنكار وعلى الافتداء من اليمين جائزٌ حُكمه ، ولا يحل للظالم منها)**

(ش): صورة الصلح على الإنكار: أن يدعي عليه دارًا أو عبدًا أو غيرهما ، فينكره، ثم يصلحه على شيء، وصورة الافتداء من اليمين: أن تتوجه اليمين على المدعى عليه، فيفتدي منها بمال ، ثم ذكر المصنف أن الصلح على الأمرين جائز حكمه؛ أي جائز في ظاهر الحكم.

(ولا يحل للظالم)، فيما بينه وبين الله تعالى ، أن يأخذ ما لا يحل له.

والمذهب جواز الصلح على الإنكار ، وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد؛ لعموم الحديث المتقدم؛ خلافًا للشافعي ، وابن الجهم من أصحابنا.

فقول المصنف: (جائز) ، خبر عن قوله: (والصلح) ، وهو واضح[2].

ابن هشام: وإن علم المدعى عليه براءته ، وطلبت منه اليمين ، فليحلف ولا يصالح على شيء من ماله ، وإن صالح أثم من أربعة أوجه: لأنه أذل نفسه ، وقال عليه

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٥، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٤.

الصلاة والسلام: "أَذَلَّ اللهُ مَنْ أَذَلَّ نَفْسَهُ".

الثاني: أنه أطعمه ما لا يحل.

الثالث: أنه أضاع ماله، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك.

الرابع: جَرَّأه على غيره كما جَرَّأَهُ على نفسه.

ومراد المصنف: أن الصلح على الإنكار جائز من حيث الجملة ، وإلا فليجوزاه شروط قد أهملها المصنف؛ فشروطه عند مالك ثلاثة ، وهي: أن يجوز على دعوى المدعي ، وعلى إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم ، وابن القاسم يشترط الأولين فقط، وأصبغ يشترط شرطًا واحدًا ، وهو: ألا تتفق دعواهما على فساد[1].

فلو ادَّعى على رجل دراهم وطعامًا من بيع ، فاعترف البائع بالطعام ، وأنكر الدراهم ، فصالحه على طعامٍ مُؤجلٍ أكثر من طعامه ، أو اعترف له بالدراهم وصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه ، فحكى ابن رشد الاتفاق على فساده وفسخه؛ لما في ذلك من السلف بزيادة والصرف المؤخر.

وإن ادَّعى عليه عشرة دنانير فأنكره ، فأراد أن يصالحه عنها بدراهم إلى أجل ، فهذا ممتنع على دعوى المدعي؛ إذ لا يحل له أن يأخذ في دنانيره دراهم إلى أجل ، وجائز على دعوى المدعي عليه؛ إذ إنما صالح على يمين وجبت عليه؛ فيمتنع ذلك عند مالك وابن القاسم؛ لأن من شرطه عندهما أن يجوز على دعوى المدعي.

وأجازه أصبغ؛ إذ لم تتفق دعواهما على فساد[2].

وهكذا لو ادَّعَى عليه عشرة أرادب من قرض ، فقال المدعى عليه: بل لك عندي خمسة من سلمٍ ، فأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة، فهو جائز على دعوى المدعي؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، ولا يجوز على دعوى المدعى عليه؛ لأن طعام السلم لا يجوز بيعه قبل قبضه. فهذا أيضًا يجيزه أصبغ، ويمنعه مالك وابن القاسم.

ولو ادَّعى عليه مائة درهم فأنكره ، فصالحه على خمسين إلى أجل أو على تأخير جميعها ، فهذا جائز على دعوى كل منهما؛ لأن المدعي يقول: حططت وأخرت؛ فأنا محسن، والمدعى عليه يقول: افتديت من يمين وجبت عليَّ ، وظاهر الحكم أنَّ فيه

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٦٥/٨، وتهذيب المدونة: ٢٦٠/٣.

سلفًا جَرَّ منفعة؛ فالسلف هو التأخير ، والمنفعة هي سقوط اليمين المنقلبة على المدعي؛ بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه؛ فيسقط جميع المال.

فهذا ممنوع عند مالك؛ لاشتراطه الجواز في ظاهر الحكم ، وأجاز ابن القاسم؛ لأنه لا يعتبر هذا الشرط ، ولا إشكال في جوازه على قول أصبغ[1].

ابن محرز: وإن وقع الصلح على السكوت من غير إقرار ولا إنكار ، فإنه يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار ، ويعتبر فيه - على مذهب مالك - الوجوه الثلاثة التي بيناها في الإنكار.

اللخمي: واختلف في الصلح الحرام والمكروه ، إذا نزل؛ فقال مطرف في "كتاب ابن حبيب": إن كان الصلح حرامًا صُراحًا فُسِخَ أَبَدًا؛ فيرد إن كان قائمًا ، والقيمة إن كان فائتًا ، وإن كان من الأشياء المكروهة مَضَى ، وقال ابن الماجشون: إن كان حرامًا فسخ أَبَدًا ، وإن كان مكروهًا فسخ بحدثان وقوعه ، وإن طال أمده مضى ، وقال أصبغ: يجوز حرامه ومكروهه ، وإن كان بحدثان وقوعه.

(خ): لَعَلَّ المراد بالحرام المتفق على تحريمه ، وبالمكروه المختلف فيه[2].

(ص): **(فلو أَقَرَّ بعد ذلك فله نقضه؛ لأنه مغلوب)**

(ش): يعني لو ادَّعَى عليه بمال فأنكره فصالحه على بعضه أو خلافه، ثم ثبت الحق بعد الصلح ، فإما أن يثبت بإقرار ، أو بينة.

وبدأ المصنف بالأول ، وذكر أنَّ للمدعي نقض الصلح؛ لأنه كان كالمحجور عليه.

ودلَّ قوله: (فله نقضه) ، على أن له إمضاءه ، ونصَّ سحنون على ذلك.

(ص): **(فلو ثبت بينة لم يعلم بها ، ففيها: له نقضه ، وقيل: لا)**

(ش): لعله نسب المسألة لـ "المدونة"؛ ليبين أن المشهور أن له النقض ، رواه مطرف عن مالك.

والفرق بين هذه بين التي قبلها - على هذا -: أن المدعى عليه في الأولى مقر على نفسه بالظلم ، وهذا مقيم على الإنكار ، وأيضًا فإنَّ المدعي في الثانية مفرِّط؛ لعدم تثبته[3].

(ص): **(فإن كان عالمًا بها ، وَصَرَّحَ بإسقاطها ، لم يقم بها)**

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

(٢) انظر: المدونة: ٨٧/٤، والتلقين: ١٧٦/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

(ش): أي وصرح حين المصالحة بأن لا يقوم بها ، لم يقم بها؛ لإسقاطه حقه ، وهكذا في "المدونة"[١].

وقيدها المازري بأن تكون حاضرةً حين الصلح ، ويكون قادرًا على القيام بها.

(ص): **(فإن لم يصرح فقولان مُخَرَّجَان من المستحلف مع علمه ببينته)**

(ش): أي فإن لم يصرح المدعي العالم بالبينة ، ففي ذلك قولان مُخَرَّجَان على القولين فيمن استخلف خصمه وهو عالم بالبينة[٢].

ومذهب "المدونة" - في المسألتين - عدم القبول؛ أما الأول فقال مالك - فيمن ادَّعَى قِبَلَ رجل مالا فأنكره ، فصالحه من ذلك على شيء أخذه، ثم وجد بينةً ، أو أقر المطلوب -: فإن كان الطالب بالبينة عالمًا فلا قيام له ، وإن كانت له بينةٌ غائبةٌ ، فخاف موتها ، أو إعدام الغريم إلى قدوم البينة ، فلا حجة له بذلك ، ولو شاء تربص.

وذكر ابن يونس فيها قولين؛ فقال: وإذا صالح وهو عالم ببينته قيل: ليس له القيام بها وقيل: ذلك له.

وأما المسألة الثانية ففيها: وإن استحلفه بعد علمه بالبينة ، تاركًا لها وهي حاضرة أو غائبة ، فلا حق له.

عياض: والأكثر أن معنى: تاركًا؛ أي تاركًا للقيام بها مع علمه ، وقال آخرون: مصرحًا بترك القيام.

ونقل ابن يونس عن نافع أنه روى عن مالك: أنه إذا أحلفه وبينته حاضرة ، وهو عالم بها ، فله القيام بها بعد ذلك ، وقاله أشهب في غير الكتاب.

وذكر المازري أن بعض المتأخرين خرج الخلاف في الصلح على الخلاف في مسألة الاستحلاف ، كما أشار إليه المصنف[٣].

(خ): وقد ذكرنا القولين منصوصين؛ فلا حاجة إلى التخريج.

(ص): ولو كانت غائبة وشرط القيام بها ، فله ذلك اتفاقًا.

(ش): وفي بعض النسخ عوض (غائبة): (بعيدة) وكذلك هو في المازري ، وهو الأظهر؛ لأن القريبة في حكم الحاضر؛ يعني إذ صالح لتعذر بينته ، وشرط القيام بها ، وحكى المصنف الاتفاق تبعًا للمازري ، وكذلك قال ابن يونس.

---

(١) انظر: المدونة: ٨٧/٤، والشرح الكبير: ١٢٢/٦.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

وقال ابن يونس: لا ينبغي أن يختلف فيه.

فإن قيل: يعارض هذا الاتفاق ما وقع لابن القاسم - فيمن أخَّرَ من له عليه دَين بشرط أنه متى ادَّعى عدم القضاء لم يستخلفه ، واصطلحا على ذلك -: أن هذا الصلح لا يلزم ، ومتى ادَّعى المديان القضاء ، كان له استحلاف الطالب.

قيل: لا ، فالفرق: أنَّ اشتراط إسقاط اليمين خلاف ما يُوجبه الشرع؛ فلم يوف له بشرطه[1].

وذكروا في المذهب أن الخصمين لو اصطلحا على إسقاط البينة ، أو على أن المدعى عليه إن نكل عن اليمين غرم الحق من غير أن يرد اليمين على المدعي ، أن ذلك ماضٍ.

فعارض المازري بين هذا وبين ما قبله؛ لأن كون النكول يُوجب الغرامة من غير رد اليمين ، خلاف الشرع.

وأجاب (ع): بأن إسقاط اليمين يؤول إلى سلف جَرَّ نفعًا؛ فلا يلزم، بل ولا يجوز ابتداءً ، وأمَّا الصلح على إسقاط البينة ، فهو على إسقاط حق آدمي بعد وجوبه ، وأيضًا فإسقاط البينة بعد علمه بها وبما تشهد به، دليل على خلل عند القائم بها في شهادتها.

وأما الصلح على أن المدَّعَى عليه يغرم بالنكول من غير رد يمين، فهو موافق لمقتضى الشرع - على رأي الحنفية وغيرهم -؛ فلا يبعد إمضاؤه؛ كغيره من مسائل الخلاف إذا وقع.

واختلف المذهب - إذا شرط من باع بثمنٍ مؤجلٍ أنه مصدق في عدم قبض الثمن ما لم تقم للمشتري بينة - هل يُوفَّى له بالشرط أم لا، أو يُوفَّى للأفاضل فقط؟ على ثلاثة أقوال[2].

المازري: وهذا إنما يحسن النظر فيه إذا وقع الصلح على معاوضة، وأما إن لم تكن معاوضة والتزم المدعى عليه أن لا يرد اليمين ، وأسقط حقه في ردها ، فإن هذا لا يختلف في جوازه؛ لأنه إسقاط حق له على غير عوض.

(ص): (وإن أشهد سرا فقولان)

(ش): هذان القولان ذكرهما ابن يونس وغيره.

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٥، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٤.

ومذهب سحنون القبول؛ فقد قال - في المقر سرًّا يقول: أَخِّرْني سنة وأنا أقرُّ لَكَ، ففعل ، فصالحه على ذلك ، ثم أقام بينةً أنه إن كان أشهد سرًّا: أني إنما أؤخره لأنه جحدني ولا أجد بينة، وإن وجدتها قمت بها - فذلك له ، إن أشهد بذلك قبل الصلح[1].

وهنا ثمان مسائل؛ أربع متفق عليها، وأربع مختلف فيها؛ فأما المتفق عليها:

فلأولى: إن كانت له بينة غائبة وأشهد وأعلن.

والثانية: إذا صالح على الإنكار ثم أقر.

والثالثة: إذا صالح على الإنكار ، وذكر ضياع صكه - أي وثيقته - ، ثم وجدها بعد الصلح.

فهذه الثلاثة اتُّفِقَ فيها على القبول.

والرابعة: إذا ضاع صكه فقال له غريمه: حقُّك حقٌّ فات بالصك؛ فامحه وخذ حقك، فقال: قد ضاع وأنا أصالحك ، فيفعل ، ثم يجد ذكر الحق؛ فلا رجوع له باتفاق.

ابن يونس: والفرق بين هذه والتي قبلها، أن غريمه في هذه معترف ، وإنما طلبه بإحضاره ليمحوا ما فيه ، فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه ، والأول منكر للحق، وقد أشهد أنه إنما صالحه لضياع صكه ، فهو كإشهاده أنه إنما يصالحه لغيبة بينته[2].

وأما الأربع المختلف فيها فهي: إذا كانت بينته غائبة ، وأشهد سرًّا؛ كما ذكرنا.

الثانية: إذا صالح ولم يعلم ببينته ، ثم علم، والمشهور القبول كما تقدم.

والثالثة: إذا صالح وهو عالم ببينته ، وقد تقدم أن المشهور فيها عدم القبول.

والرابعة: من يقر في السر ويجحد في العلانية، فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة ، وأشهد الطالب: أنه إنما يصالحه لغيبة بينته ، فإذا قدمت قام بها. فقيل: ذلك له ، إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده ، وقيل ليس له ذلك.

(خ): وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن له ذلك للضرورة ، وهو قول سحنون ، والآخر لمطرف.

وهذه المسألة تسمى: إيداع الشهادة. والله أعلم.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٦٥/٨، وتهذيب المدونة: ٢٦٠/٣.

كتاب الحوالة

(ص): **(الحوالة: نقل الدَّين إلى ذمة تبرأ بها الأولى)**

(ش): عياض وغيره: هي مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء[1]؛ لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه[2].

وهي محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة؛ لما أشبهت بيع الدَّين بالدَّين. وهي عند أكثر مشايخنا مستثناة من بيع الدَّين بالدَّين، وبيع العين بالعين (غير يدٍ بيدٍ)، كما خُصَّت الشركة والتولية، والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه، وكما خصت العرية من بيع الطعام بالطعام نسيئةً ومتفاضلا؛ لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف.

وذهب الباجي إلى أنها ليس حكمها حكم البيع ولا هي من الباب، بل هي - عنده - من باب النقد. وذهب أهل الظاهر إلى وجوب القبول في الحوالة؛ لما رواه مالك وغيره: "مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتبع"[3].

وأجيب: - بعدَ تسليم أن الأمر حقيقة في الوجوب لا الندب - بأن هنا دليلا يمنع من الوجوب؛ لأن صاحب الدَّين إنما عامل على هذه الذمة، والمؤمنون عند شروطهم، ولأنِ الحوالة مترددة بين البيع وفعل المعروف وكلاهما غير واجب، ولأنه لو وجب لكان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له، أو يحيلك على مليء ظالم، والأول مُؤَدٍّ إلى الضرر، والثاني مؤدٍّ إلى إبطال الحق.

وأجيب: عن هذا الوجه بأن المحال يلزمه قبول الحوالة ما لم يكثر ذلك؛ فتخرج صورة الضرر بالدلائل الدَّالة على نفي الضرر، كقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ"[4].

---

(١) انظر: لسان العرب: ١٨٤/١١.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٥/٣.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٢٨٧) ومسلم برقم (١٥٦٦) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٣٤٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

وقوله عليه الصلاة والسلام: "إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ"[١].

عياض: الصواب فيها تسكين التاء ، والمحدثين والرواة يشددها ، يُقَالُ: تَبِعْتُ فُلانًا بحقي فَأَنَا أتبعه، ساكنة التاء ، ولا يقال: اتَّبعه؛ بفتحها وتشديدها إلا من المشي خلفه[٢].

فرع:

وإذا مطل الغني رُدَّتْ شهادته عند أصبغ وسحنون؛ لأَنَّهُ ظَالِم ، لا عند محمد بن عبد الحكم.

(خ): والظاهر أن من علم من صاحب الدَّين الاستحياء من المطالبة أن ذلك كالمطل ، والله أعلم. وقول المصنف: (نقل الدين) كقوله في "التلقين": الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى.

إلا أن رسم القاضي أحسن؛ لأنه أبقى لفظ التحويل ، وإذا أمكن في الحد إبقاء الألفاظ في معناها اللغوي كان أحسن؛ لأن الخروج عن مقتضى اللغة على خلاف الأصل[٣].

ولأن قول القاضي: (الحق) أحسن أيضًا من قوله: (الدَّين)؛ لأن المتبادر من الدين ما قابل المنافع؛ بخلاف لفظ الحق فإنه يشمل المنافع وغيرها واعترضه (ر) بأنَّ النقل حقيقة في الأجسام مَجَازٌ في المعاني ، والدَّين لم ينتقل وإنما يأخذ مثله من ذمة أخرى.

وقول المصنف: (نقل الدَّين إلى ذمة) ، فيه حذف؛ أي من ذمة إلى ذمة.

وقوله: (تبرأ بها الأولى) ، هو على جهة البيان. قاله (ع).

واعترض (ر) قوله: (تبرأ بها الأولى) ، بأن البراءة إنما هي مرتبة على الحوالة؛ لأنك تقول: برئت ذمة فلان من ديني؛ لأنه أحالني على فلان؛ فلا يصح أن يدخل ذلك في الحد؛ لأن العلة غير المعلول. (خ): ولعله احترز به من الحمالة؛ فإن فيها شغل ذمة أخرى بالحق ولا تبرأ بها الأولى.

قيل: وقوله: (نقل الدَّين إلى ذمة)، أَعَمُّ مِنْ أن يكون في الثانية دَين أم لا.

وإذا لم يكن في الذمة دَين؛ فَإِمَّا أن تكون حوالة أم لا؟ فإن لم تكن فالتعريف غير

---

(١) صحيح: أخرجه مسلم برقم (١٥٦٦) وأبو داود برقم (٣٣٤٥).

(٢) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

مانع لصدقه عليه ، وإن كانت حوالة بطل قوله في شروطها: (ومنها أن يكون على المحال عليه دين).

(ص): **(وله شُرُوطٌ مِنْهَا: رِضَا المحيل وَالمُحال ، دُون المُحال عليه)**

(ش): أي لنقل الدَّين.

وفي بعض النسخ: (لها)؛ فيعود على الحوالة.

وحاصل ما ذكره المصنف أربعة شروط؛ الأول: رضا المحيل والمحال ، ولا خلاف في اشتراط رضا المحيل؛ لأن الحق متعلق بذمته؛ فلا يجبر على أن يعطيه من ذِمَّةٍ أُخْرَى ، وأمَّا رضا المحال فهو مبني على مذهب الجمهور في عدم وجوب قبول الحوالة ، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا؛ لوجوب ذلك عليه.

وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور ، وحكى ابن شعبان قولا باشتراط رضاه ، والأول أظهر؛ للاتفاق على أنَّ لصاحب الحق أن يُوَكِّل مَنْ شاءَ على قبض دينه ، وليس لمن عليه الدَّين كلام[1].

وعلى المشهور؛ فيشترط في ذلك السلامة من العداوة. قاله مالك.

المازري: وإنما يعرض الإشكال لو استدان رجل من آخر دينًا ، ثم حدثت بينهما عداوة بعد الاستدانة؛ هل يمنع من له الدين من اقتضاء دينه لئلا يبالغ في اقتضاء دينه ويؤذي عدوه؛ فيؤمر أن يوكل غيره؟ أو لا يمنع لأنها ضرورة سبقت ، وقد وقعت المعاملة على أن صاحب الحق يقتضي دينه؟

تردد في هذا ابن القصار ، وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يُمَكَّنُ من الاقتضاء بنفسه.

وعلى المشهور؛ فهل يشترط حضور المحال عليه وإقراره ، كما في بيع الدَّين - وهو قول ابن القاسم - أم لا؟ وهو قول ابن الماجشون، وللموثقين الأندلسيين أيضا أيضًا القولان[2].

وفي "المتيطية " عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه.

ولعل الخلاف مبني على الخلاف الذي بين الشيوخ: هل الحوالة مستثناة من بيع الدَّين بالدَّين؛ فيسلك بها مسلك البيوع ، أو هي أصل بنفسه؟

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

(ص): (ومنها: أن يكون على المحال عليه دين للمحيل)

(ش): لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين؛ لأنها نقل الدَّين من ذمة إلى ذمة.

الباجي: فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا؛ كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة، إلا ما قاله ابن الماجشون: أنها إذا كانت بلفظ الحوالة تكون حوالة[1].

الباجي: ويلزمه على قوله ، أن يعتبر رضا المحال عليه.

ويقع في بعض في بعض النسخ التنبيه على هذا القول بزيادة: (على المشهور) ، بعد الكلام المتقدم.

(ص): (**فلو أحاله على من لا دَيْنَ له عليه فعدم رجع ، إلا أن يعلم أنه لا شيء عليه، ويشترط البراءة؛ فلا رجوع**)

(ش): هذا تفريع على المشهور؛ أي فلو أحاله على غير أصل دين رجع المحال على المحيل ، إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه ، واشترط المحيل على المحال البراءة ، وهكذا قال ابن القاسم في "المدونة".

وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال؛ الأول لابن القاسم: لا رجوع له على المحيل.

الثاني: رواية ابن وهب في "المدونة": لا رجوع له إلا في الموت والفلس.

الثالث: رواية مطرف بالخيار ، وهي مثل رواية عيسى عن ابن القاسم.

الرابع: قول أشهب وابن الماجشون: إن الشرط باطل ، وهي حمالة لا يُطَالِبه إلا في غيبة المحال عليه أو في عدمه ، حتى يسميا الحوالة.

والخامس: لمالك وابن القاسم: إن الشرط لا ينفعه إلا في ذي سلطان أو سيئ القضاء[2].

هذا إذا اشترط البراءة؛ وإن لم يشترطها ، ولكنه شرط أن يتبع أيهما شاء ، فثلاثة أقوال؛ الأول لابن القاسم: له شرطه.

الثاني له أيضًا: لا ينفعه الشرط إلا لمعنى؛ مثل أن يكون لغريمه ذا سلطان أو

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٤٨٠/٢، والكافي: ٤٢٥/١.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٥/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٤/٢.

سيئ القضاء.

الثالث لمالك من رواية أشهب، وبه قال أشهب وابن الماجشون: الشرط باطل ، وهي حمالة لا يطالبه إلا في غيبة الغريم أو عدمه[١].

تنبيهات:

الأول ، قول ابن زرقون: الثاني رواية ابن وهب في "المدونة" يدل على أنه حمل رواية ابن وهب على الخلاف ، وأن مذهب ابن القاسم عدم الرجوع مطلقًا ، ولو فلس أو مات، وهو تأويل سحنون وابن رشد، وتأوله أبو محمد على الوفاق ، وحمل قول ابن القاسم: لا رجوع له على المحيل ، على ما إذا لم يمت المحال عليه أو يفلس.

وجمع بينهما أيضًا أبو عمران؛ قال: لأن في جواب ابن القاسم اشتراط البراءة وليس ذلك في رواية ابن وهب؛ قال: فابن القاسم يُوافق رواية ابن وهب؛ وابن وهب يُوافق قول ابن القاسم.

الثاني قال التونسي وابن يونس وغيرهما: وقع في "المدونة" لفظان في الحوالة على غير أصل دين؛ فمرة جعل ذلك حمالة يبدأ بالذي عليه الدَّين ، فإن لم يوجد عنده شيء رجع على الذي تحول عليه، ومرة يبدأ بالمحال عليه ، فإن فلس رجع على المحيل.

الثالث (ع): وقع في بعض النسخ في إثر قول المصنف: (فلا رجوع)، ما نصه: (على القولين)، وليست بصحيحة؛ أما أولا؛ فلأنه لم يقدم في مسألة خلافًا ، وأما ثانيًا فلأن هذه النسخة تشعر بأن المسألة متفق عليها، وفيها خمسة أقوال كما تقدم.

(خ): وقد يُقَالُ: لا نسلم أنَّ قوله: (على القولين)، يشعر بالاتفاق، وقد ذكرنا أنه وقع في بعض النسخ زيادة: (على المشهور)؛ فتصح هذه النسخة عليها[٢].

(ص): (ومنها: **أن يكون الدَّينُ حالا ، ولا يشترط حُلُولُ ما على المحال عليه**)

(ش): هذا هو الشرط الثالث: (أن يكون الدين)؛ أي المحال به حالا ، واستقرأ غير واحد ذلك من قوله عليه الصلاة والسلام: "مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ " فإن المطل لا يكون إلا بالحال؛ والحوالة رخصة؛ فيقتصر بها على موردها.

ولا يشترط حلول ما على المحال عليه؛ لأنه إذا احتال على ما لم يحل عليه كان

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٦٥/٨، وتهذيب المدونة: ٢٦٠/٣.

ذلك زيادةً في المعروف[1].

(ص): (**إلا أنَّ ابن القاسم اشترطه في نجوم الكتابة**)

(ش): ظاهر كلامه أن الاستثناء عَائِدٌ إلى الجملة الأخيرة ، وهي قوله: (ولا يشترط حلول ما على المحال عليه).

(ع): ويحتمل أن يعود عليها وعلى التي قبلها ويكون الضمير في: (اشترطه) ، عائدًا على مطلق الدَّين الذي هو قدر مشترك بين الدَّين المحال به والمحال عليه.

ويعضد هذا أنه في "الجواهر " ذكر الخلاف فيهما ، ونصه: وتصح الحوالة على نجوم الكتابة - إن كانت الكتابة حالا - ، ولم يشترط غير ابن القاسم حلولها ، وكذلك الحوالة بالنجوم اشترط ابن القاسم حلولها أيضًا ، ولم يشترطه غيره. انتهى.

لكن اعترض ما حكاه ابن شاس والمصنف في الكتابة المحال عليها.

وأما الكتابة المحال بها فاشترط ابن القاسم في "المدونة" حلولها؛ قال: وإلا فهو فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ ، وقال ذلك ابن القاسم على ما سمعه من مالك؛ من منع بيع كتابة مكاتب لأجنبي بما لا يجوز.

قال في "المدونة" ، وقال غيره: لا يجوز إلا أن يعتق مكانه؛ لأن ما على المكاتب ليس دَيْنًا ثَابِتًا ، وهو كمن قال لعبده: إن جئتني بمائة دينار فأنت حُرٌّ ، ثم قال: إن جئتني بألف دينار فأنت حر. واشترط ابن القاسم الحلول لما تقدم: أنَّ من شرط الدين المحال به الحلول ، ورأي الغير أن ذلك ليس دينًا ثابتًا كالدَّين ، وإلى هذا أشار الغير بالتشبيه بقوله: وهو كمن قال لعبده ، إلى آخره[2].

وعارض الأشياخ تشبيه ابن القاسم هذه المسألة - بما حكاه عن مالك من منعه الأجنبي أن يشتري كتابة مكاتب بما لا يجوز - بأن الحوالة أمر بين السيد وبين مكاتبه؛ أسقط عنه الكتابة، واعتاض ما له في ذمة الأجنبي؛ فلم تقع بين السيد وبين الأجنبي ، مبايعة[3].

وأما بيع الكتابة من أجنبي فهي مبايعة بينه وبين الأجنبي ، لا بينه وبين مكاتبه؛ فهذا مفترق؛ ولهذ اختار سحنون وابن يونس وغيرهما قول الغير هنا.

وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه: أنه إنما يختلف ابن القاسم وغيره إذا سكتا

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٥/٣.

(٢) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٣) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

عن شرط تعجيل العتق وعن بقائه مُكاتبًا؛ فعند ابن القاسم يفسخ ما لم يفت بالأداء، وعن غيره يحكم بتعجيل العتق.

وأما لو أحال بشرط العتق فلا يختلفان في الجواز ولا في عدمه - بشرط عدمه - .

وأما الكتابة المحال عليها فلا يشترط ابن القاسم ولا غيره فيها الحلول، ولا يعرف فيها من قال به، ونصها في "المدونة": قال ابن القاسم: وإن أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له - وله عليه مقدار ما على الأعلى -؛ فلا يجوز لك إلا أن تبت عن عتق الأعلى فيجوز.

ابن يونس، يريد: وإن لم تحل كتابة الأعلى، فيجوز بشرط تعجيل العتق، كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق.

قال في "المدونة": ثم إن عجز الأسفل كان لك رقًّا، ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء؛ لأن الحوالة كالبيع، وقد تمت حريته.

وهذا كله بشرط أن يكون المحال السيد، لا الأجنبي.

التونسي: والمكاتب جائز له أن يحيل سيده بما حلَّ من كتابته على ما لم يحل، وإن كان المحال أجنبيًّا لم يجز[1].

قال: وهي لو حلت لم تجز من الأجنبي؛ لأن الحوالة إنما أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الدَّين، وها هنا قد يعجز المكاتب المحال عليه؛ فتصير الحوالة قد وقعت على غير جنس الدَّين؛ كما لو كان على رجل دين لأجنبي، فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه، ما جاز ذلك؛ لأنه قد يعجز؛ فتصير الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها، وهو: أن يكون المحال عليه من جنس المحال به[2].

فإن قيل: فأنتم تجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى؟!

قيل: أصل الحوالة رخصة؛ لأنها الدَّين بالدَّين؛ فلا يتعدى بها ما خفف منها. انتهى.

والاعتراض على ابن شاس أقوى منه على المصنف؛ لأن ابن شاس صرح بالخلاف فيهما.

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

فإن قلت: لا يلزم من عدم الاطلاع على الخلاف نفيه.

قيل: قال (ع): إنما أنكرنا على المصنف وابن شاس ذكر الخلاف بعد طول البحث عنه في مظانه ولم نجده - مع الاستعانة في ذلك بمن يظن حفظه -.

فإن قلت: لم لا تجعل الاستثناء في قوله: (إلا أن ابن القاسم اشترطه) ، راجعًا إلى الجملة الأولى ليوافق المنقول ، ولا يكون حينئذٍ على كلام المصنف اعتراض؟.

قيل: لم يقل أحد بعوده - بعد الجُمَلِ - إلى الأولى فقط، وإنما اختلف هل يعود للأخير فقط ، أو للجميع؟ نعم ، قد يعود للأولى لقرينة ، ولا قرينة.

تنبيه:

عارض الأشياخ اشتراطه في المسألة الثانية - في الجواز - أن يعجل عتق الأعلى، وقالوا: لا معنى لهذا التقييد ، ورأوا أن لفظ الحوالة كاف في ذلك؛ لأنها تستلزم براءة ذمة المحيل بنفس عقد الحوالة. المازري: وعندي أن هذا الشرط ليس ملغًى ، والعذر فيه - عندي - أنَّ السيد إِذَا أُحِيل على كتابة مكاتب لمكاتبته ، فإنه لم يتعجل قبض الكتابة؛ فيكون ذلك كَمَا لَو قبض من مكاتبه جميع الكتابة؛ فيكون حرًّا بقبض جميعها، وهذه هنا لم تقبض؛ فيمكن أن يكون القصد بها أن يوقف العتق حتى يعلم ما يحصل للسيد الأعلى أو يقصد بذلك أن يتأدّى السيد الأعلى نجوم المكاتب الأسفل.

فإن عجز قام له المكاتب الأعلى ببقية الكتابة التي كانت له عليه ، ولو قصد ذلك لكان ذلك ممنوعًا في أحد القولين؛ لأن المعاوضة التي لا تجوز بين الأجنبيين يسامح فيها بين المكاتب وسيده - إذا اشترط تعجيل العتق - ؛ لكون السادات يُنْدَبُون إلى عتق عبيدهم ، ولهم أن يعتقوا بغير عوض، ونُدبُوا أيضًا إلى أن يضعوا شيئًا من آخر الكتابة استعجالا للعتق[1].

وإن فعلوا ذلك من غير اشتراط العتق أُجْرُوا مجرى الأجانب في التعاوض.

هذا أحد القولين.

وقيل بالجواز وإن لم يشترط تعجيل العتق؛ التفاتًا إلى أن ما يأخذه السيد وما سلَّمه كأنه في حكم ملكه.

(ص): **(وَمِنْهَا: أن يكون مُتَجَانِسَيْنِ؛ لا يُفْتَقَرُ إلى الرضا لو أعطيه؛ فيجوز بالأعلى على الأدنى)**

---

(١) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

(متجانسين)، كذهب وذهب ، وفضة وفضة؛ فلا تجوز الإحالة بذهب على فضة ولا بالعكس.

(لا يفتقر إلى الرضا لو أعطيه)؛ أي فيكونان متماثلين في القدر والصفة؛ هذا ظاهر كلامه.

لكن قوله بإثره: (فيجوز بالأعلى على الأدنى) ، يَدُلُّ على أَنَّهُ إِنَّمَا أراد السلامة من السلف بزيادة، وقد صرح بالجواز فيما إذا تحول من أعلى على أدنى ، ولا شك أن إعطاؤه الأدنى على الأعلى مفتقر إلى الرضا.

وتقدير كلامه: فيجوز أن يحتال بالأعلى على الأدنى؛ كما لو كان له فضة محمدية فأحيل على يزيدية. وفي بعض النسخ: موضع: (على ، عن)؛ فتكون عن ، موضع: على ، وقد وقع ذلك في كلام العرب.

ولا يصح أن تكون عن ، باقيةً على معناها؛ لأنه يكون المعنى حينئذٍ: فيجوز أخذ الأعلى عن الأدنى ، وذلك لا يجوز. صرح بذلك غير واحد[1].

ومقتضى كلامه: إذا أعطي من له أدنى على أنه يجبر على قبوله ، وهو مثل ما له في السلم.

وقد نَبَّهْنا هناك على أن ظاهر المذهب خلافه.

وما ذكره المصنف من جواز التحول بالأعلى على الأدنى مُوافقٌ للخمي والمازري وابن شاس ، ووجهه: أنه أقوى في المعروف؛ فكان جوازه أجدر؛ كما لو احتال بدين حال على ما لم يحل.

وفي "المقدمات" و"التنبيهات " اشترط أن يكون الدَّين الذي تَحوَّل به مثل الذي تحول عليه، في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر ، ولا أدنى ولا أفضل؛ لأنه إن كان أقل أو أكثر ، أو مخالفًا في الجنس والصفة ، لم تكن حوالة ، وكان بيعًا على وجه المكايسة.

وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل ، فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال ، وأما إذا قبضه لجاز؛ ففي "المدونة": إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة - والصنف واحد - ، وهما طعام أو عين أو عرض ، من بيعٍ أو قرضٍ ، أو أحدهما من بيع والآخر

(١) انظر: مواهب الجليل: ٦/٥٩٥، والبهجة في شرح التحفة: ٢/٥٥٤.

من قبض؛ فلا تصح الحوالة ، وإن حلا[١].

محمد: إلا أن يقبضه قبل أن يفترقا فيجوز ، إلا في طعام من بيع؛ فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه.

قال: وكذلك إن كان أحدهما ذهبًا والآخر ورقًا؛ فلا يحيله به وإن حلا ، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثة وقبل طول المجلس.

وهذا مِمَّا يؤيد ما قاله ابن رشد والقاضي.

وقوله: (لا يفتقر إلى الرضا) ، يحتمل أن يُبنى للفاعل ، وضمير الفاعل فيه عائد على المحيل ، وضمير المفعول في: (أعطيه) ، عَائِدٌ عَلَى ما في ذمة المحال عليه؛ أي لا يتوقف على رضا المحيل لو أعطي ما في ذمة المحال عليه.

ولا يجوز أن يعود على المحال؛ لأنه يلزم منه أن المحال إذا أعطيه الأعلى جاز ، وليس كذلك[٢].

ويحتمل أن يكون مبنيًا للمفعول ، ويكون مفعوله عائدًا على ما فهم من الكلام ، وهو الدَّين ، وضمير: أعطيته عائدٌ على الدَّين المحال به؛ أي لايفتقر إلى الرضا في أخذ الدَّين المحال به لو أعطيه من له دين.

تنبيه:

زاد صاحب " المقدمات" و"التنبيهات " شرطًا آخر ، وهو: أن لا يكون الدينان طعامًا من سلم سواء حلا أم لا؛ لئلا يدخله بيع الطعام قبل قبضه ، وسواءٌ كان الطعامان متفقين أم لا ، استوت رؤوس الأموال واتفق الطعامان - تشبيهًا بالتولية ، فإن كان الطعامان من قرض جاز.

وإن كان أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ ، جازت الحوالة عند ابن القاسم ، بشرط حلول الطعامين معًا.

وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه ، إلا ابن القاسم ، جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة.

(ص): فلو أَفْلَسَ ، أو جحد ، فعلى المُحَالِ ، إلا أن يكون المُحيلُ عالمًا بالإفلاس دونه.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٦٥/٨، وتهذيب المدونة: ٢٦٠/٣.

(ش): يعني فلو أفلس المحال عليه ، أو جحد الحق بعد تمام الحوالة ، فالمصيبة على المحال ولا رجوع له على المحيل؛ لحصول البراءة ، إلا أن يكون المحيل عالمًا بإفلاس المحال عليه.

(دونه) ، أي دون المحال؛ فللمحال حينئذٍ الرجوع على المحيل؛ لأنه غره.

وقوله: (يعلم دونه) ، هو ظاهرٌ إذا كان المحال عليه ظاهر الملاء ، أَمَّا لَو شَكَّ المحال في ملائه ، وكان المحيل عالمًا بالإفلاس.

المازري: فالأظهر عندي ، أن يكون له الرجوع كالأول.

ومسألة الفلس صحيحة في "المدونة" وغيرها ، وقَيَّدَهَا المغيرة، فقال: إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل - إذا أفلس المحال عليه - فيكون له شرطه.

وأما مسألة الجحود فتبع فيها المصنف ابن شاس ، وذكر المازري أنه لا يعلم لمالك فيها نصًا ، لكنه أشار في تعليل المذهب إلى مثل ما قاله المصنف؛ لأنه قال: وما نشير إليه من أن الحوالة كالقبض. يصحح أن الجحود لا يوجب الرجوع على المحيل.

وكذلك قال بعض أشياخه: إن الجحود لا يُوجب الرجوع على المحيل؛ لأنَّ المحال فرط إذ لم يُشهد[1].

وعلى هذا القول عَوَّل ابن شاس والمصنف. والله أعلم.

وتردد التونسي في هذه المسألة، واختار عدم الرجوع إذا كانت الحوالة على حاضرٍ مُقرٍّ بالدَّين ، والرجوع إذا كان غائبًا؛ فقال: وانظر ، لو أحاله ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دَيْنٌ ، هل يكون ذلك عيبًا في الحوالة؟

يقول المحال: لو علمت أنه ليس عليه بينة ما قَبِلْتُ الحوالة ، أو يُقَالُ له: أنت مفرط - حين أحالك عليه ، وهو حاضر مُقِرٌّ - ولم تشهد عليه.

وهذا هو الأظهر.

ولكن لو لم يحضر ، فقبل الحوالة ، فلما حضر أنكر ، لا نبغي أن يكون للمحال في ذلك حجة.

المازري: وعندي أن النظر يقتضي فيما قاله تفصيلا؛ فإن كان الغالب في الدَّين الإشهاد عليها ، وترك ذلك نادر ، وقال المحال - حين جحود المحال عليه -: إنما لم

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٤٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٢٢٥/٣.

أشهد لثقتي بأن المحيل قد كان أشهد عليه - على ما تقتضيه العادة - فلما كتمني أنه لم يشهد عليه ، صار ذلك كالتغرير منه ، فوجب لي الرجوع عليه ، كما لو علم بفقر المحال عليه وَكَتَمَهُ.

وأما إطلاقه القول بأن الحوالة إذا كانت على غائب أن يرجع، فصحيح بشرط أن يكون المحال لم يصدق المحيل ، في كونه يستحق دينًا على الغائب ، وأما لو صدقه في ذلك وقبل الحوالة - وهو يعلم أن لا بينة على الغائب - ، فهذا مما ينظر فيه[1].

وقد اختلف المذهب الاختلاف المشهور - في رجلٍ أتى لمن عنده وديعة لإنسان ، فقال له: أرسلَني من أودعها لأقبضها ، فصدقه فيما ذكر ودفعها له ، ثم قدم صاحب الوديعة ، وأنكر الإرسال وحكم على دافعها بغرامتها -: هل له أن يستردها ممن قبضها ، ويكون إنما صدقه بشرط أن يأتي صاحب الوديعة ويصدقه ، فيسترد منه ما أعطاه؟ أو يكون تصديقه له يمنعه من الرجوع على الرسول؛ لاعتقاده أن صاحب الوديعة ظلمه في طلبه بالغرامة ، وقد أخذها منه؟

فهذا يلاحظ ما نحن فيه - من اعتبار كون المحال إنما صدق المحيل ، بشرط أن يأتي الغائب، فَيُقِرُّ بالدَّين ، أو صدقه على الإطلاق ، واعتقد أنه لم يكذب - انتهى.

ويقع في بعض النسخ عوض: (جحد: حجر)؛ من الحجر ، لكن الظاهر هي النسخة الأولى؛ لأنه يستغني عن الحجر بالفلس.

ونقل المازري وغير واحد: أَنَّهُ لا يلزم المحال عن مالك الكشف عن ذمة المحال عليه: هل هو غني ، أو فقير؟ بخلاف شراء الدَّين ، فإنه لا يجوز إلا بعد أن يكون من عليه الدَّين حاضرًا مُقِرًّا ، يعرف غناه من عدمه.

وفرق المازري بينهما بأن الدَّين المشترى يختلف مقدار عوضه باختلاف حال الذمة من فقر أو غنى، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولا ، فإذا لم يعلم بحال الدَّين صَارَ مُشْتَرِيًا لمجهول ، والحوالة ليست ببيع - على أحد الطريقين عندنا - بل طريقها المعروف.

وعورض ما ذكره المصنف - وهو المذهب ، من أن علم المحيل بإفلاس المحال عليه يُوجب للمحال الرجوع إلى ذمة المحيل ، إن كان غَرَّه - بما في كتاب المساقاة من "المدونة": أن من باع بثمن إلى أجل ، والمشتري مفلس ، ولم يعلم البائع بذلك ،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٨٧ والتلقين: ٢/١٧٦.

فقد لزمه البيع ولا مقال له.

وفرَّقَ التونسي والمازري بينهما بأن البياعات تتكرر كثيرًا لِشِدَّةِ الحاجة إليها، وعدم الغنى عنها؛ فصار الكشف عن ذمة المشتري مما يشق؛ فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري والبحث عنها ، لتوقَّفَ أكثر البياعات ، بخلاف الحوالة فإنها تتكرر؛ فلا يعسر الكشف عن ذمة المحال عليه. وزاد المازري فرقًا آخر؛ وهو أن البائع يدفع للمشتري سلعةً تقارب الثمن الذي يحل في ذمته؛ فاستغنى بذلك عن الكشف ، بخلاف الحوالة.

(ع): وأشبه مَا قِيلَ في الفرق: إن الحوالة بَيْعُ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ ، وفلس الذمة عيب فيها؛ فوجب أن يثبت الخيار للمحال؛ بسبب ظهوره على ذلك العيب ، والعوض في مسألة "المدونة" المذكورة ، إنما هو الدَّين لا الذمة.

قال: وهو ضعيف من وجهين:

أحدهما: أنه لا معنى لكون الذمة هي العرض في الحوالة إلا أن الدَّين تعلق بها ، وهذا مثله في مسألة المدونة قطعًا.

الثاني: سلمنا أن فلس الذمة عيب في الحوالة ، لكن العيوب لا يشترط في القيام بها علم البائع وتدليسه ، بل لمن اطلع على العيب القيام به، سواء علم به البائع أم لا.

وهكذا اعترض غير واحد هذه المسألة بأن فلس المحال عليه - حين الحوالة - إما أن يكون عيبًا أم لا؛ فالأول: يكون للمحال الرجوع على المحيل ، سواء علم المحيل بفلس المحال عليه أم لا ، كغيره من العيوب ، والثاني: لا يكون له رجوع مطلقًا.

وأجيب: بأنه عيب مع علم المحيل لغروره ، وأجاب عبد الحق بأن البيع مبني على المكايسة؛ فغلظ على البائع فيه ، والحوالة طريقها المعروف؛ فسهل على المحيل إلا أن يغرر ، وأجاب الباجي: بأن العيب في السلعة عيب في نفس العوض ، وفلس المحال عليه في محل العوض لا في نفسه ، وبأن الحوالة بمنزلة بيع البراءة؛ فلا يرجع إلا بما علمه البائع ، وبأن الذمم مما يخفى ظاهرها فصارت كالبيع الذي لا يعلم باطنه؛ فلا يرد إلا أن يعلم أن البائع دلس بعيبه[1].

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

فرع:

فإن جهل أمر المحيل، هل كان عالمًا بإفلاس المحال عليه أم لا؟

فقال مالك: ينظر في ذلك؛ فإن كان يتهم أحلف.

الباجي: أي إن كان ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا، حلَّفه[١].

(ص): **(فلو أحال البائع على المشتري بالثمن، ثم رد بعيب أو استحق، انفسخت الحوالة عند أشهب واختاره الأئمة، ومضت عند ابن القاسم، ويرجع المشتري على بائعه؛ بناءً على أنها كالمعروف أو كالبيع)**

(ش): يعني لو باع رجل سلعة من رجل، ثم أحال البائع على ثمنها من له عنده دين، ثم استحق المبيع من يد المشتري أو رد بعيب، فلأشهب في "الموازية": تنفسخ الحوالة، واختاره محمد وأكثر المتأخرين.

محمد: وبه قال أصحاب مالك كلهم.

وهذا معنى قوله: اختاره الأئمة.

وقاسه محمد على ما اتفق عليه أصحاب مالك - من أن المفلس إذا بيع متاعه في دين وجب عليه، وأخذ ذلك غرماؤه، ثم استحق المبيع، فإن المشتري يرجع بالثمن على من قبضه -، ورده المازري بأن الغرماء الذين لهم الدين كأنهم باعوا بأنفسهم؛ فعليهم أن يردوا الثمن إذا اسْتُحِق المُشْتَرَى منهم، ومسألة الحوالة وقعت فيها يد ثالثة، وهي يد المحال؛ فصار ذلك كفوت الأثمان، وقال ابن القاسم - وهو المنقول عن مالك -: تمضي الحوالة[٢].

قوله: (ويرجع المشتري)، هو من تمام قول ابن القاسم؛ أي إذا قلنا بإمضاء الحوالة، فإن المشتري يدفع الثمن للمحال، ثم يرجع به على البائع؛ بناء على أن الحوالة هل هي كالبيع، أو إنما طريقها الإرفاق والمعروف؟

فقول أشهب مبني على أن الحوالة كالمعروف والصدقة؛ فتنتقض بانتقاض ما بنيت عليه، كما إذا تصدق البائع بثمن سلعة أو وهبه، ثم استحقت تلك السلعة، فإن الهبة والصدقة تبطل إذا لم يقبضا، على قول أشهب والمعروف من قول ابن القاسم، وسيأتي آخر المسألة ما في ذلك[٣].

---

(١) انظر: أشرف المسالك: ١/٢٢٤، وشرح مختصر خليل: ٢/٤٠٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٥/٤٣، وإرشاد السالك: ١/١٧٠.

(٣) انظر: كفاية الطالب: ٢/٤٨٠، والكافي: ١/٤٢٥.

وقول ابن القاسم مبني على أن الحوالة كالبيع؛ أي: كبيع وقع بعد بيع؛ فتكون بمنزلة من باع عبدًا بمائة دينار، ثم اشترى بالمائة دينار من المشتري ثوبًا، ثم استحق العبد؛ فإن البيع في الثوب لا يبطل ببطلان ما بني عليه، وهو بيع العبد.

المازري: وأشار بعض الأشياخ إلى أن الخلاف مبني في مسألة الحوالة على أنه: هل تقدر الحوالة كالفوت لما وقعت الحوالة؛ فيكون الأمر كما قال ابن القاسم، أو ليس كالفوت؛ فيكون الأمر كما قال أشهب[1]؟

واعلم أن قول أشهب مبني على أن رد السلعة بعيب نقض للبيع من أصله.

وعلى قوله؛ إن لم يكن دفع الثمن للمحال فلا يلزمه دفعه إليه، وإن كان قد دفعه إليه استرجعه، فإن فات عنده - على مذهبه - مضى له، ورجع المشتري بالثمن على البائع.

قال في "البيان"، وقيل: لا يلزمه أن يدفعه إليه، فإن دفعه إليه لم يكن له أن يأخذه منه، ورجع على البائع، وقيل: لا يلزمه أن يدفعه، فإن دفعه إليه، كان له أن يرجع به عليه - وإن فات من يديه -، وإن شاء رجع على البائع؛ لأن الغيب قد كشف أنه أحاله بما لم يملك.

قال: وأما على القول بأنه ابتداء بيع؛ فيلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولا واحدًا.

واعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف مقيد بما إذا كان البائع قد باع ما ظن أنه يملكه، وأما لو باع ما ظن أنه لا يملكه، مثل أن يبيع سلعة من رجل، ثم باعها من ثان، وأحال على الثاني بدين، فلا يختلف أن الحوالة باطلة، ويرجع المحال على غريمه.

ووقع في المذهب مسألة اضطرب النقل فيها، أشار بعضهم إلى إجراء ما فيها من الخلاف في مسألة الحوالة، وذلك أن أصبغ وأبا زيد رويا عن ابن القاسم في "العتبية" - فيمن باع عبدًا بمائة، ثم تصدق بها على رجل، وأحاله بها، وأشهد له على ذلك، ثم استحق العبد أو رُدَّ بعيب - أنه إذا كان المتصدق عليه قبض الثمن وفات عنده، لم يرجع عليه بشيء، وإن لم يفت بيد المعطي أخذها منه المشتري، ولا شيء للمُعطى.

ابن زرقون: كذا نقلها صاحب " النوادر"، وهو وهم، والذي في سماع أصبغ وأبي زيد في "العتبية": أنها تفوت بمجرد القبض، فإذا قبضها الموهوب له، لم يتبع بها إلا

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٥/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٤/٢.

الواهب؛ بمنزلة ما لو قبضها الواهب ثم تصدق بها، وقال ابن القاسم في "الموازية" مثل ما حكى أبو محمد عن "العتبية"[1].

وروى عيسى عن ابن القاسم في "العتبية": أن نفس الهبة فوت، ويلزم المبتاع أن يدفعه إلى المتصدق عليه أو الموهوب، إذا كان قد جمع بينهما، فأقر له، ويرجع بالثمن على الواهب، وهو قول بعض الرواة في "المدونة"، في النكاح.

الثاني: - في المرأة تهب صداقها لرجل ، ثم تطلق قبل الدخول ، أنه يلزمه أن يدفع جميعه إلى الموهوب ، ويرجع بنصفه على المرأة -.

قال: ويأتي على ما حكاه محمد عن ابن القاسم - في المرأة تأخذ صداقها ، فتتصدق به ، وتطلق قبل الدخول ، أنه يرجع عليها بنصف الصداق ، وترجع هي به على المتصدق عليه؛ لأنها تصدقت عليه بما لا يصح لها ملكه - أن لا يفوت ذلك في مسألة الحوالة بحال ، وإن قبضه الموهوب له واستهلكه؛ لأنه وهب ما لم يملك.

قال: ويجري فيها قول خامس: أنه إن كان البائع الواهب عديمًا، كان للمشتري أن يمسك الثمن ، إن كان لم يدفعه ، وإن كان مليئًا لزمه أن يدفعه إلى الموهوب له ، ويتبع به الواهب ، وهو قول ابن القاسم في "المدونة" ، في مسألة هبة الصداق المذكورة[2].

وهذا إنما هو إذا بنينا مسألة الحوالة على المعروف لا على البيع ، فاعلمه.

(ص): **(وإذا جرى لفظ الحوالة وتنازعا؛ فقال المُحِيلُ: وَكَالَةٌ ، أو سَلَفٌ ، لَمْ يُقْبَلْ ، عَلَى الأَصَحِّ)**

(ش): يعني إذا صدر لفظ الحوالة بين رجلين؛ فقال له - مثلا -: أحلتك على فلان ، فقبضه المحال ، ثم قال المحيل: إنما أردت بذلك التوكيل أو التسليف ، وقال المحال: بل قبضته من الدَّين الذي لي عليك ، فالأصح أنه لا يقبل قول المحيل؛ تغليبًا للفظ الحوالة ، وقيل: القول قوله؛ لأنه لا تُدرى إرادة نفسه، ولا يعلم ذلك إلا من قوله.

وأراد بـ (الأصح) ، قول ابن الماجشون في "المبسوط " ، في مسألة الوكالة ، قال - فيمن تحول بدين له على رجل ، فقال المحيل: ادفعه لي؛ لأني إنما وكلتك في قبضه

---

(١) انظر: المدونة: ٨٧/٤ والتلقين: ١٧٦/٢.

(٢) انظر: أشرف المسالك: ٢٢٤/١، وشرح مختصر خليل: ٤٠٥/٢.

وتسليمه إليَّ ، وقال المحال: بل كنت أستحقه عليك دينًا قبل الحوالة -: فإن كان القابض ممن يشبه أن يكون له قبل المحيل سبب ، حلف ، وسقط عنه قول المحيل ، وإن لم يشبه فإنما هو وكيل ، ويحلف: ما أدخله إلا وكيلا.

اللخمي: وأرى أنه حوَّل حتى يقوم دليل على الوكالة ، مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدين، أو تكون عادته التوكيل على التقاضي، وهذا ممن يتوكل في مثل ذلك المال(١).

وغير الأصح هو قول ابن القاسم في "العتبية"، في السلف؛ قال - فيمن أحال رجلا بِدَيْنٍ على رَجُلٍ، فقال المحيل: إنما أحلتك على دَيْنٍ لِي؛ فيكون ذلك سلفًا عندك ، وقال القابض: أخذته عن دين كان لي عليك ، وإحالتك إقرار منك بحقي -: إن القول قول المحيل ، وهو سلف(٢).

اللخمي - بعد قول ابن الماجشون ، وابن القاسم -: والمسألتان سواء.

وعلى هذا؛ فإنه في كل واحدة قول ، وخرج فيها قول آخر من الأخرى ، وعلى هذا اعتمد المصنف. لكن قدح المازري فيما أخذه من قول ابن القاسم؛ قال: لأن قول المحيل: إنما قبضته ليكون سلفًا لي عليك - يشبه الحوالة على الدُّيون؛ لأنه لما التزم له أن يسلفه مائة ، صار ذلك كدينٍ له عليه لمن سأله في السلف؛ فصارت الحوالة ههنا بدين على دين باتفاقهما جميعًا(٣).

وإنما تنتقل المسألة إلى أصلٍ آخر ، وهو أنَّ مَنْ قَالَ: قبضت من زيد مائة كانت لي عليه دينًا ، وقال زيد: إنما دفعتها إليك لتكون سلفًا لي عليك ، فإن في المسألة قولين؛ قيل: يصدق القابض؛ لأنه ما أقر بعمارة ذمته ولا أقر إلا بقبض شرط فيه أنه يستحقه؛ فلا يُؤخذ بأكثر مِمَّا أقرَّ به ، والقول الآخر: إن القول قول الدافع؛ في أنه إنما دفع ذلك سلفًا؛ لأن القابض لو أتاه قبل أن يقبض منه شيئًا ، فقال: لي عليك دين ، فأنكره المدعى عليه ، فإن الإجماع على أن القول قول المدعى عليه؛ فكذلك يجب أن يكون القول قوله في صفة ما دفع وأنه دفعه سلفًا لا قضاء.

ثم قال: وإذا تَقَرَّرَ هذا ، فإذا قضى القاضي بأن القول قول المحال ، في - أني قبضت ما أستحق - فلا تفريع ، وإن حكم بأن القول قول المحيل ، فهل للمحال أن

---

(١) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٢) انظر: كفاية الطالب: ٤٨٠/٢، والكافي: ٤٢٥/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٤٣/٥، وإرشاد السالك: ١٧٠/١.

يرجع على المحيل؟

اختلف في ذلك العلماء، فمنهم من قال: إذا رفع أمره إلى القاضي، لم يحكم له على المحيل بشيءٍ؛ لأنه قد اعترف للمحيل ببراءة ذمته بالحوالة؛ فليس له أن يُطالب ذمته بدين وهو معترف ببراءتها منه ولا يصح أن يحكم له القاضي بما يعرف أن الحكم به باطل ، ومنهم من ذهب إلى أنه يحكم له القاضي؛ كأن الذي حكم به القاضي؛ من تصديق المحيل في أنه وكل وكالة على القبض ، لا يقتضي سقوط دعوى المحال.

قال: وهذا القول إنما يتصور عندي لو كان المحيل معترفًا بدين المحال ، ولكن المنازعة إنما وقعت في المقبوض(١).

(خ): وانظر على هذا ، لو ادَّعَى رَبُّ الدَّين على المدين أنه أحاله وأنكر المدين ، فتوجهت عليه اليمين وحلف؛ هل يجوز له - إذا أنكر المحال عليه الحق - أن يُطَالِبُ المدين؛ لأن مقتضى دعواه أنه لم يبق له قبله شيء ، وأن المحال عليه هو الذي ظلمه؟ أو يقال: إن من حجة صاحب الدين أن يقول للمدين: أنت لما أنكرت الحوالة، فأنت معترف ببقاء حقي في ذمتك(٢).

ونظير هذه المسألة: لو ادَّعَى الزوج الدخول وأنكرت، ثم طلقها ، فهل لها أن تطلبه بجميع الصداق لاعترافه ، أو ليس لها لاعترافها - أنها لا تستحق غير النصف -؟ في ذلك خلاف(٣).

وقوله: (جرى لفظ الحوالة) ، يقتضي أن الحوالة تفتقر إلى اللفظ، وهو صحيح؛ ففي "العتبية" ، عن ابن القاسم - في المطلوب يذهب بالطالب إلى غريم له ، فيأمر بالأخذ منه ويأمر الآخذ بالدفع فيتقاضاه ، فيعطيه البعض ، أو لا يعطيه شيئًا - إن للطالب أن يرجع على الأول؛ لأنه يقول: ليس هذا احتيالا بالحق وإنما أردت أن أكفيك التقاضي؛ وإنما وجه التحول أن يقول: أحيلك بحقك على هذا ، أو أبرأ إليك.

وكذلك أيضًا لو قال: خُذ من هذا حقك، وأنا بريئ من دينك ، وما أشبه ذلك.

قاله في "البيان"(٤).

قال بعض الشيوخ: وكذلك لو قال: اتبع فلانًا بحقك - على الحوالة -.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٥٩٥/٦، والبهجة في شرح التحفة: ٥٥٤/٢.

(٢) انظر: الثمر الداني: ٦٢٨/١، وحاشية الصاوي: ٢٨١/٧.

(٣) انظر: الاستذكار: ٥٠٨/٦، ومنح الجليل: ١٣/٦.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٣٣٣/١٦، وما بعدها.

واختلف قول مالك - إذا قال: اتبع فلانًا - وَلَعَلَّهُ رأى في القول بأن ذلك حوالة ، أن قوله عليه الصلاة والسلام: "وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ، فَلْيَتْبَعْ"، يدل على ذلك.

هذا معنى ما ذكره في "البيان"[1].

فرع:

إذا مات المحال عليه ، فقال المحال: أحلتني على غير أصل دين؛ فأرجع عليك ، وقال المحيل: بل على دين ، فالقول قول المحيل.

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/٣٣٥.

كِتَابُ الضَّمَانِ

(ص): (الضَّمَانُ[1]: شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى بِالْحَقِّ)[2]

(ش): هذا التعريف لصاحب التلقين، وتصوره ظاهر، وأورد عليه أنه غير جامع لخروج ضمان الوجه، وضمان الطلب، وأجيب بأن ضمان الوجه تشغل فيه ذمة أخرى على المشهور، وأما على الشاذ فهو كضمان الطلب، وإطلاق الضمان عليهما بالمجاز، والعلاقة المشابهة.

فإن قيل: لا نسلم أنَّ إطلاق الضمان عليهما بالمجاز بل بالحقيقة.

قيل: فيلزم حينئذٍ الاشتراك؛ لأنَّ الضمان حقيقة في ضمان المال، ودعوى المجاز خير من دعوى الاشتراك ولو سلم فتكونان حقيقتين مختلفتين، والحقيقتان لا يجمعان في حد واحد، ولما كان غير ضمان المال هو المقصود من هذا الباب حده المصنف.

وأورد أيضًا على جمعه أن الضمان كما يكون شغلا للذمة، فقد يكون شغلا

---

(١) الضمان لغة: مصدر ضمن الشيء ضمانا، فهو ضامن وضمين: إذا كفل به، وقال ابن سيده: ضمن الشيء ضمنا، وضمانا، وضمته إياه، كفله إياه، وهو: مشتق من التضمن: لأن ذمة الضامن تتضمن، قاله القاضي أبو يعلى.

وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمن، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه.

وقيل: هو مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه، والصواب: الأول؛ لأن لام الكلمة في الضم ميم، وفي الضمان نون، وشرط الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع.

فالضمان في اللغة: الحفظ، ويقال له: ضمان وحمالة وكفالة قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧]، وقال صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة" ويقال له أيضا: زعامة وأذانة وقبالة. قال الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢]، أي: كفيل وضامن، والزعيم من الزعامة، وهي السيادة، فكان الضامن بكفالته، صار له على المكفول سيادة، والأذين من الأذانة بمعنى الإيحاب، لأن الضامن أوجب على نفسه، أو الإذن، وهو الإعلام، لأن الكفيل أعلم بأن الحق في جهته، والقبيل في القبالة، وهي الحفظ، ولذلك سمي الصك قبالا؛ لأنه يحفظ الحق، ويسمى الكفيل قبيلا، لأنه يحفظه أيضا.

قال صاحب مختار الصحاح والقبيل الكفيل. وتقول العرب: هو كفيل بكذا وحميل، وزعيم، وأذين بمعنى ضمين. انظر: تحرير التنبيه: ص ٢٧٧، ولسان العرب: ٢٦١٠/٤.

وأما اصطلاحا: فقالت المالكية: شغل ذمة أخرى بالحق.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٩١/١.

للذمتين فأكثر، وأجيب بأن المراد بـ (ذِمَّةٌ أُخْرِى): الجنس.

وأورد أيضًا على منعه أن من باع رجلا بدين، ثم باع آخر بدين يصدق عليه الحد وليس بضمان، وأجيب بأن الظاهر أن (أل) في (الحَقَّ) للعهد، والمعهود: الحق الذي في الذمة الأولى.

وأورد عليه أيضًا أن لفظ (الحَقَّ) شامل للحق البدني والمالي، وأجيب بأن الحقوق البدنية خارجة بقول: (شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى)؛ لأن الذمم لا تشغل بالحقوق البدنية.

وأورد على منعه أنه لو اشترى سلعة وأشرك غيره فيها لشغل ذمة أخرى، وكذلك لو ولاه، وأجيب بأن الشاغل هنا مختلف؛ فإن البائع شغل ذمة المشتري، والمشتري شغل ذمة المولي والمشرك، ورد بأن ليس في التعريف ذكر اتحاد الشاغل حتى يخرجهما.

(ص): (**وَأَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ**)

(ش): وفي بعض النسخ (خمسة).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: إن عددت الصِّيغة، وإلا فهي أربعة، والأقرب أن الصيغة دليل على الماهية التي الأركان أجزاؤها، والدليل غير المدلول[1]. انتهى.

وفي "الْجَوَاهِر": أركانها خمسة، وذلك يرجح أن المصنف قصد أن الصيغة ركن؛ لأن الغالب أنه يتبعه، ورجح ذلك أيضًا القياس على البيع ونحوه.

(ص): (**الْمَضْمُونُ عَنْهُ لا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ إِذْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ**)

(ش): أي: الركن الأول (الْمَضْمُونُ عَنْهُ)، وهو الذي عليه الدَّين، والفقهاء يخصصونه باسم الغريم - لا يشترط رضاه، بل يجوز لغيره أن يضمن عنه الدين بغير رضاه[2].

واستدل المصنف على ذلك بقوله: (إِذْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ)؛ يعني: وإذا جاز أن يؤدَّى عنه فالتزامه في الذمة أولى، ولإقرار سَيِّدِنَا رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضمان من ضمن الميت على ما رواه البخاري وغيره، والرضا منه متعذر، وفيه بحث.

(ص): (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُضَارًّا لِعَدَاوَةٍ وشِبْهِهَا فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ**)

(ش): أتى بأما المقتضية للتفصيل؛ يعني: أما ما تقدم من جواز الأداء من غير

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٢٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٩/٩٨، والذخيرة: ٩/١٦٧.

الرضا إنما هو مع عدم العداوة، وأما لو قصد بذلك ضرر المديان لعداوة بينهما لم يكن من طلبه ورد قضاؤه.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: (فَلا يُمَكَّنُ)، أنه يمكن في الوجه الأول من المطالبة، ويحتمل قول المصنف (فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ) أنه لا يمكَّن العدو من دفع الدين ابتداء، والأول أولى؛ لأن عدم التمكين من المطالبة مستلزم للمنع ابتداء بخلاف العكس(١).

قال في "الْمُدَوَّنَة": ومن أدَّى عن رجل دينًا بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقًا بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك، وكذلك إن اشتريت دينًا عليه تعنيًّا لم يجز البيع ورد إن علم بهذا، وظاهرها عند ابن يونس وغيره أن قصْدَ المشتري وحده الإضرار كاف في فسخ المعاوضة، وكذلك قال بعض المتأخرين، وقيل: لا بد أن يكون البائع عالمًا بقصد المشتري الضرر، وإلا لم يفسخ، ويباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر.

ابْنُ يُونُسَ: وهو أظهر.

اللَّخْمِيُّ: ويرد القضاء إذا صدر من عدو إلا أن يعنت الطالب بالمال فيقيم القاضي وكيلا ليقبض ذلك من الغريم(٢).

وقوله: (وَشِبْهِهَا)؛ أي: شبه العداوة كمن عادته الضرر بالناس والتسلط عليهم.

(ص): **(وَلَوْ تَنَازَعَا فِي أَنَّهُ دَفَعَهُ مُحْتَسِبًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ إلا بِقَرِينَةٍ)**

(ش): يعني: إذا ادَّعى رجل على آخر دينًا، ثم قام الدافع يطلب المال، وقال المدفوع عنه: إنما دفعت عني على وجه المعروف احتسابًا، فالقول قول الدافع؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده؛ إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم ظهر له مال لم يعلم به فطلب الرجوع.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: إلا أن تقوم قرينة، فينبغي أن يحلف الدافع حينئذ ويأخذ ما دفع.

(ص): **(وَلا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ)**

(ش): أي: لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلا، سواء كان من رب الدين، أو المديان، أو غيرهما.

الْمَازِرِيُّ: وللمنع علتان(٣):

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٤٨، وبلغة السالك: ٣/٢٧٦.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٧/٣٤.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٢٦، والتاج والإكليل: ٩/٩٩.

أولاهما: أن ذلك من بياعات الغرر؛ لأن من اشترى سلعة، وقال لرجل: تحمل عني بثمنها وهو مائة، على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة.

وقال الآخر: تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة دينار، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيغرم العشرة؟

ثانيهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين؛ لأنه إن أدَّى الغريم كان له الجعل باطلا، وإن أدى الحميل ورجع به على المضمون صار كأنه سلف ما أدَّى وربح ذلك الجعل، فكان سلفًا بزيادة ملك ويرد الجعل.

ابْنُ الْقَاسِمِ فِي: "الْمَوَّازِيَّة"، و"الْوَاضِحَة": وإن علم بذلك الطالب سقطت الحمالة، وإلا ردَّ الجعل والحمالة تامة، وقاله: مُطَرِّفٌ، وابْنُ الْمَاجِشُون، وَابْنُ وَهْبٍ، وَأَصْبَغ.

وهذا إذا كان الفساد في الحمالة، أما إن كان الفساد في المتحمل به فكما لو أعطاه دينارًا في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدنانير فثلاثة أقوال[1]:

الأول: لابن القاسم في: "الْمُدَوَّنَة"، و"الْعُتْبِيَّة"، ورواه عن مالك، وهو قول ابن عبد الحكم أن الحمالة ساقطة، ومثله في "الْمَوَّازِيَّة"؛ لأن فيها: وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة، ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أو جهلاه، علم الحامل بذلك أو جهله.

مُحَمَّدٌ: وسواء كان الفساد من عقد البيع أو سببه، وهو قول أشهب أن الحمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلة ووجه هذا القول أن الذي تحمل به هذا الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل.

القول الثاني: أن الحمالة لازمة على كل حال، علم الحميل بفساد البيع أو لا، وهو قول ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة"، وقول غيره في "الْمُدَوَّنَة"، وقول سحنون في "نَوَازِلِهِ"، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به، فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به[2].

الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه، وهو لابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة".

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/٩٩، والشرح الكبير: ٢/٢٤٩.

(٢) انظر: بلغة السالك: ٣/٢٧٧.

قال في الذي يعطي دينارًا في دينارين ويتحمل له رجل بالدينارين: إن كان علم علتهما فعليه الدينار الذي أعطاه، وإن لم يعلم فلا شيء عليه؛ لأنه يقول: لو علمت لم أتحمل ولم أدخل في الحرام، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة بالاتفاق.

تَنْبِيهٌ: لا خلاف فيما ذكره المصنف من منع الضمان بالجعل إذا كان الجعل للحميل، قاله اللَّخْمِيُّ. واخْتُلف إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئًا على إعطائه حميلا، فأجازه مالك، وابن القاسم، وأشهب، وغيرهما، وعن أشهب في "الْعُتْبِيَّة": لا يصح، وعنه أيضًا أنه كرهه.

اللَّخْمِيُّ وغيره: والجواز أبين، وهذا إن حل الدين.

اللَّخْمِيُّ: ولو قال الحميل: أنا أتحمل لك على أن تعطي لفلان - لغير الغريم - دينارًا لم يجز.

وقال أشهب في "الْموازية" فيمن له على رجل عشرة دنانير إلى أجل، فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهنًا أو حميلا؟

لا بأس به.

وقال ابن القاسم: لا يجوز.

اللَّخْمِيُّ: وإنما منعه ابن القاسم؛ لأن الطالب إنما أخذ الحميل الآن خوفًا أن يعسر الغريم عند الأجل فيصبر إلى أن يوسر فإذا أعطاه حميلا إلى أجل كأن قد تعجل دينه قبل الوقت الذي يصير إليه إذا لم يعطه حميلا، فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه لتعجيله قبل الأجل[1].

(ص): **(وَلِذَلِكَ امْتَنَعَ أَنْ يَضْمَنَ أَحَدُهُمَا لِيَضْمَنَهُ الآخَرُ)**

(ش): أي: ولأجل امتناع الضمان بجعل امتنع ضمان شخص ليضمنه الآخر؛ لأن كل واحد ضمن صاحبه بجعل، وهو ضمان صاحبه له.

(ص): **(أَمَّا لَوِ اشْتَرَيَا سِلْعَةً بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ جَازَ لِلْعَمَلِ)**

(ش): يعني: أن ما قدمه من منع ضمان أحدهما ليضمنه الآخر محمول على ما إذا لم يشتريا سلعة بينهما على السوية، فإن هذه الصورة جائزة، وإن كان يدخلها الضمان بجعل؛ لكن جوزت لعمل الماضين.

---

(١) انظر: مواهب الجليل٧/٣٥، والشرح الكبير: ٢/٢٤٩.

ومفهوم قوله: (اشْتَرَيَا) أنه لو باع رجلان سلعة على أن كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز، وهو قول ابن لبابة؛ لكن قال ابن رشد: الصحيح خلافه، فقد أجاز في السلم الثاني من "الْمُدَوَّنَة" أن يسلم إلى رجلين على أن كل واحد منهما حميل بالآخر، ومنع في البيوع الفاسدة أن يبيع الرجلان سلعتيهما من رجل على أن كل واحد منهما حميل بالآخر وجعلها بعضهم اختلاف قول.

ابْنُ رُشْدٍ: والصواب خلافه، والفرق بينهما أن مسألة البيوع الفاسدة لم تكن كل سلعة شركة بين المتبايعين، ولذلك منع؛ لأنه قد تستحق سلعة أحدهما ولا تستحق سلعة الآخر.

والفرق على قول ابن لبابة بين البيع والشراء أن المشتريين لو دفع البائع السلعة إلى أحدهما فيما عليه وعلى صاحبه جاز، ولو دفع المشتري إلى أحد المتبايعين اللذين كل واحد منهما حميل بصاحبه جميع الثمن، لم يجز.

ومفهوم قوله أنهما لو اقترضا على أن يكون كل واحد منهما ضامنا للآخر لم يجز، وهو قول ابن الفخَّار، وأجاز ذلك ابن أبي زمنين وابن العطار.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو الأصح عندي.

وقوله: (سِلْعَةً)، أي: فأكثر، نص عليه ابن يونس في السلم الثاني.

وقوله: (عَلَى السَّوَاءِ) احترازًا مما لو كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان، وتحمل كل واحد منهما بما على الآخر أيضًا مما اشتريا، فإنه يمتنع إلا أن يتحمل صاحب الثلث بمثل ما تحمل به الآخر فإنه جائز، نص عليه عبد الحق.

وهذا يرد على المصنف؛ لأن مفهوم كلامه المنع في هذه الصورة، اللهم إلا أن يقال:

إن قوله: (عَلَى السَّوَاءِ) راجع على الحمالة[1].

(ص): (وَيَجُوزُ الضَّمَانُ عَنِ الْمَيِّتِ)

(ش): لأنه معروف منه، ولا خلاف فيه عندنا.

(ص): (الْمَضْمُونُ لَهُ)

(ش): هذا هو الركن الثاني والمضمون له هو رب الدَّيْن.

وفي بعض النسخ: (المضمون)، فيعود على الدَّيْن، وكل منهما لا تشترط معرفته

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٢٧، والتاج والإكليل: ٩/١٠٠.

كما نبه عليه المصنف بقوله.

(ص): (**وَلا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ فَلَوْ تَحَمَّل دَيْنَ الْمَيِّتِ وَطَرَأ غَرِيمٌ لَزِمَهُ**)

(**ش**): وهو ظاهر التصور.

(ص): (**الضَّامِنُ: شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ**)

(**ش**): هذا هو الركن الثالث، واشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع؛ لأن الضمان قد يلزم منه تسليف الغريم ما في ذمته، والسلف عقد معروف[(١)].

خَلِيلُ: على أنَّ الضمان عند أهل المذهب يكفي في الالتزام ممن حصلت له أهلية، ولا يشترطون فيه الحيازة من جانب آخر كما تشترط في غيره من أبواب المعروف، وهكذا في "الْمُدَوَّنَة".

ابْنُ يُونُسَ: لأنها هبة للذي له الدَّيْن، فلم يفتقر إلى القبض كحميل الصداق عن الزوج للزوْجة لا يبطل بموت الحميل، وحكى المازري في ذلك قولين في المذهب:

أحدهما: أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبة.

والثاني: أنه يخالفها لحق المتحمل له، وخرج بأهلية التبرع الصبي، وفاقد العقل، والعبد، والمريض فيما زاد على الثلث، ومذهب "الْمُدَوَّنَة" جواز كفالته بالثلث.

وقال محمد: حمالة المريض جائزة ما لم يدخل على أهل دينه نقص بها ولا يكون المتحمل عنه مليئًا، فإن كان مليئًا جازت بكل حال.

وقال عبد الملك: إن كان الغريم مليئًا لزمته الكفالة بالثلث، وإن كان عديمًا بطلت ولم تكن في الثلث، إذ لم يرد بها الوصية، وكذلك المرأة ذات الزوج فيما زاد على ثلثها إلا أن يجيزه الزوج، وأما في الثلث فيصح؛ لأنها أهل للتبرع فيه[(٢)].

وإلى هذا أشار بقوله: (فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ)، يريد وما زاد عليه يسيرًا كالدينار ولا خلاف في منعها فيما زاد على الثلث إذا كان الغريم معسرًا، وأما إذا كان موسرًا، فقال اللَّخْمِيُّ: منعه ابن القاسم، وأجازه ابن الْمَاجِشُون، وهو أشبه؛ لأن الغالب السلامة، ونبه المصنف على ذات الزوج؛ لأنه قد يتوهم الجواز فيها مطلقًا لكونها لا تؤدي شيئًا في الحال.

تَنْبِيهٌ: لا إشكال في أن منع الزوجة من الحمالة فيما زاد على ثلثها إنما هو لحق

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٠، وبلغة السالك: ٣/٢٧٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٧/٣٦، والبهجة في شرح التحفة: ١/٢٧.

الزوج، فلذلك إذا ضمنته هو جاز وإن استغرق مالها، فإن ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له أو عنه لم يقبل منها إلا ببينة عند ابن القاسم، ووافقه أشهب في الحوالة لها به، وألحق بالبينة إذا كان المتحمل له عالمًا بأن زوجها أكرهها.

قال: فإن أنكر المتحمل له العلم فعليه اليمين إن ظن به ذلك كالجار القريب والنسب، وقال فيما إذا ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له: إن عرف بالإساءة لها وقهرها، فالقول قولها، ورأى أن هذه قرينة حال تشهد بصدقها[1].

مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: وإن تكفلت ذات زوج برجل آخر على ألا مال عليها فلزوجها رد ذلك؛ لأنه يقول: تحبس وأُمنع منها، وتخرج للخصومة وليس ذلك عليَّ.

(ص): (**وَإِذَا رَدَّ السَّيِّدُ ضَمَانَ الْعَبْدِ أَوِ الْمُدَبَّرِ أَوْ أُمِّ الْوَلَدِ لَمْ يُتْبَعْ بِهِ إِذَا عَتَقَ**)

(**ش**): دلَّ كلامه على أنهم ليس لهم أن يضمنوا ابتداء من غير إذن السيد لحقه، ودل أيضًا على أن ضمانهم موقوف، وأن للسيد إجازته ورده.

وقوله: (رَدَّ) محمول على مجرد عدم الإجازة، وأما لو أسقط ذلك عنهم لما لزمهم شيء بعد كسائر عطاياهم، نص عليه في "الْمُدَوَّنَة"، ومذهبها جواز ضمان المكاتب بإذن السيد.

وقال غيره فيها: لا يجوز، والمشهور: ليس له أن يضمن بغير إذنه خلافًا لابن الْمَاجِشُون[2].

وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان على المشهور، وجعل في "الْمُدَوَّنَة" في (باب الكفالة): رد السيد رد إبطال، وفي الاعتكاف ما يدل على أنه رد إيقاف؛ لأن فيه إن نذر عبدٌ عكوفًا فمنعه سيده لزمه ذلك إن عتق، وكذلك المشي والصدقة إذا نذر ذلك فلسيده منعه، فإن عتق يومًا لزمه ما نذر من مشي أو صدقة إن بقي ماله ذلك بيده، فرأى بعض الأندلسيين أنه اختلاف قول.

وقال بعض القرويين: معنى قوله: (إن بقي ماله ذلك بيده)؛ أي: المال الذي نذر فيه لا الشيء المتصدق به بعينه، وقال ما في الاعتكاف منع ولم يرد، والذي في النذور رد، ولا خلاف أن رد الغرماء رد إيقاف ولا يستلزم الإذن في التجارة الإذن في الحمالة على مذهب "الْمُدَوَّنَة" خلافًا لابن الْمَاجِشُون، وعلل القاضي إسماعيل، قوله بأن في

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٠، والشرح الكبير: ٢/٢٥٠.

(٢) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٤، وحاشية الدسوقي: ١٣/٣٩٦.

تحمله استئلافًا لمن يعامله ويتحمل عنه.

(ص): (**وَلِلْمَضْمُونِ لَهُ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ وَفِيهَا: لا يُطَالِبُ الكَفِيلَ وَالأَصْلُ حَاضِرٌ مَلِيٌء لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فَلِسَ، ورَآهُ كَالرَّهْنِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مِلْطَاطًا...**)

(ش): الْجَوْهَرِيُّ: يقال لطَّ الرجل إذا اشتد في الأمر والخصومة، وقال قبله: لطَّه؛ أي: حجره، وهذان القولان لمالك في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها كان أولا يقول: له أن يأخذ من شاء منهما، ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن والأصل حاضر مليء، وبه أخذ ابن القاسم[1].

ابْنُ رُشْدِ: وهي الرواية المشهورة.

ولعل المصنف نسبها لـ "المدونة" دون غيرها ليبين أنها المشهورة.

وقوله: (لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فَلِسَ) راجع إلى قوله: (حَاضِرٌ مَلِيء)، الأول للأول، والثاني للثاني، وألحق في "الْمُدَوَّنَة" بالمفلس المديان إذا خشي رب الدين إذا قام عليه المحاصة.

وقوله: (وَرَآهُ كَالرَّهْنِ) توجيه للمرجوع إليه، وهو لصاحب (النكت)؛ أي: أن الحميل لما كان يدخل للتوثقة شابه الرهن، فكما أنه لا سبيل للرهن إلا عند عدم المطلوب، فكذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المطلوب.

والضمير في (رَآهُ) عائد على مالكه، والهاء عائدة على الحميل.

قال جماعة: ومنشأ الخلاف قوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الزَّعِيمُ غَارِمٌ"[2] هل يقتضي العموم؛ لأنه لم يفصل، أو هو مجمل؟

وفي قوله: (غارم) إشارة إلى أنه إنما يغرم ما قد صار في حيز التلف، بأن يكون الغريم فقيرًا أو ممتنعًا.

وفي قول المصنف: (لَكِنْ إِذَا غَابَ) إطلاق يقيد بما إذا لم يكن للغائب مال حاضر، ففي "الْمُدَوَّنَة": وأما إن كان للغائب مالٌ حاضر يُعْدى فيه فلا يتبع الكفيل، قال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك، وفي النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل.

ابْنُ رُشْدِ فِي الأَسْئِلَةِ: وهو تفسير لا خلاف، كذا حمله من أدركنا من الشيوخ، وبه جرى العمل.

---

(١) انظر: مختصر خليل: ١/١٧٦، ومنح الجليل: ١٢/٤٨٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٤٠٥) وأحمد في مسنده، رقم (٢١٧٩١) كلاهما من حديث أبي أمامة الباهلي.

وقوله: (مِلْطَاطًا)، وقد تقدم قول الجوهري: ألطَّ الرجل إذا انتشب في الأمر والخصومة.

وقال قبل ذلك: لططت حقه إذا جحدته، والأول أقرب إلى مراد المصنف.

ابْنُ رَاشِدٍ: وهذا لا ينبغي عدَّه خلافًا، بل هو جار على المشهور، وكذلك ذكره غيره، قال: وإذا فرَّعنا على الرواية المشهورة: وطلب الغريم فوجده عديمًا، أو غائبًا موسرًا، أو فقيرًا، أو حاضرًا مديانًا، فخاف الطالب إن قام عليه الحصاص أو يكون حاضرًا مُلِدًّا فله طلب الحميل.

(فُرُوعٌ مُرَتَّبَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ):

أولها: لو قام الطالب على الحميل، فقال الحميل: الغريم مليء.

وقال الطالب: بل هو عديم.

ففي "الْمُقَدِّمَاتِ": اختلف: هل القول للطالب ويغرم الحميل؛ إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم، وهو قول سحنون في "نَوَازِلِهِ"، أو القول للحميل إلا أن يقيم الطالب بينة بعدم الغريم، وهو ظاهر ما في سماع سحنون في (كِتَابِ النِّكَاحِ): أن الغريم محمول على اليسر، وذكر ابن زرقون القولين عن ابن القاسم، والأظهر هو الثاني.

الثاني: لو اشترط الطالب أن يبدأ بأيهما أحب فاختلف قول مالك وابن القاسم، هل يوفى بالشرط أم لا؟ ففي "الْمُقَدِّمَاتِ"، و"البَيَان": المشهور عن ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها أن الشرط عامل، وبعدمه أخذ أَشْهَبُ، وابْنُ كِنَانَةَ، وابْنُ الْمَاجِشُون.

الثالث: لو اشترط البداية بالحميل.

الْمَازِرِيُّ: فإن كان في ذلك الشرط منفعة لمشترطه لكونه أملأ، أو أسمح قضاء، أو أيسر وجب الوفاء بشرطه، وإن لم تظهر المنفعة جرى على الخلاف في الوفاء بما لا يفيد، وفيه قولان.

وعمم صاحب "البَيَان" الخلاف، سواء ظهر للشرط فائدة أو لا؛ إلا أنه زاد ثالثًا بإعمال الشرط في المسيء المطالبة وفي ذي سلطان، نسبه لابن القاسم، ورابعها: بإعمال الشرط مطلقًا، إن كان في أصل البيع، وإن كان بعد البيع نفعه في سيئ القضاء وفي ذي السلطان، قال: وهو أيضًا لابن القاسم.

الرابع: لو شرط الحميل ألا يرجع عليه إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم لم يختلف في إعمال الشرط، وألحق المازري بذلك إذا كانت العادة عدم مطالبة الضامن إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم.

(ص): (وَمَهْمَا أَبْرَأَ الأَصْلَ بَرِئَ الفَرْعُ بِخِلافِ الْعَكْسِ)

(ش): أي: ومهما أبرأ الطالب (الأَصْلَ)؛ أي: الغريم (بَرِئَ)، أي: الضامن؛ لأن طلب الحميل فرع بثبوت الدين عن الغريم، فإذا ارتفع الأصل ارتفع الفرع، وهكذا قال الباجي، وابن شاس، وغيرهما.

فإن قيل: هو خلاف ما وقع لمالك في "الْمَوَّازِيَّة" و"الْعُتْبِيَّة"؛ لأن في "الْمَوَّازِيَّة" من رواية أشهب فيمن باع سلعة وأخذ حميلا وكتب عليهما أيهما شاء أخذه بحقه، فمات الغريم فبيعت جميع تركته فاستوفى ثلثي حقه، ثم سأله الورثة أن يحلل الميت مما بقي ففعل، فقال الحميل: لا شيء لك عليَّ لأنك حللت الغريم.

قَالَ مَالِكٌ: يحلف ما وضع إلا للميت وهو على حقه.

وفي "العتبية" فيمن له حقان حق بالحمالة وحق بغيرها، وكتب في الحمالة أيهما شاء أخذه بحقه، ثم مات الغريم واستوفى الطالب ثلثي حقه، وسأله الورثة أن يحلله ففعل ثم طلب الحميل.

فقال الحميل: ليس لك قِبَلي شيء[1].

فقال مالك: أرى أن يكون الذي أوصل إليه من مال الميت بين المستحقين بالحصص، ويحلف بالله ما وضعت إلا للميت، ثم تكون على الحميل حصته من ذلك الدين.

قيل: قد أنكر جماعة من الشيوخ هاتين المسألتين، أما الأولى، فقال ابن المواز: فيها شيء.

وقال في موضع آخر: فيه نظر، وكذلك أيضًا استشكلها ابن يونس، وقال: إنما يتوجه الغرم على الحميل إذا كان الحق ثابتًا على الغريم، فإذا سقط عنه أو بعضه سقط عن الحَمِيلِ، كما لو أدَّى الغريم الحق أو بعضه.

ابْنُ رَاشِدٍ: وما قاله ابن يونس هو الصواب، وكذلك استشكل في "البَيَان " مسألة "العتبية"، نحو ما ذكر ابن يونس[2].

قال: ورأيت لابن دَحُّون في هذه المسألة، أنه قال: إنما لزمه اليمين من أجل الدين الذي كان له بغير حمالة فيحلف أنه ما حلله إلا من دينه الذي كان له بغير حمالة، ولو

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٢٩/١، والشرح الكبير: ٢٥٢/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل٣٨/٧، والبهجة في شرح التحفة: ٢٩/١.

كان الدين كله بحمالة لم يكن له تبع على الحميل، قال: وهو تأويل تصح به المسألة، فينبغي أن تحمل عليه، وإن كان بعيدًا عن لفظها.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ومسألة " الْموازية" لا تقبل هذا التأويل.

وأجاب المازري عن الإشكال الوارد عن المسألتين بأن الناس يعتقدون أن من له الدين يطالب من هو عليه في الآخرة.

قال: ويؤيد اعتقادهم هذا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ"[1]، فأشار إلى أحكام الآخرة، وإن مات وعليه دين كان الأمر فيه هكذا، وامتنع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الصلاة عليه حتى يقضى عنه دينه، كما ورد في الحديث.

وإذا تقرر هذا وأمكن أن يريد رب الدين - لما سئل أن يحلل الميت المديان - بتحليله ألا يطالبه في الآخرة، وإسقاط إثم المطل عنه إن كان مطله، فهذا مما يختص بالغريم دون الحميل فيحلف من له الدين أنه لم يرد إلا إتباعه في الآخرة ويبقى الحميل مطلوبًا بما تحمل به، ولا يسقط عنه بالشك ما كان عليه باليقين، فلما رأى المصنف وابن شاس ما في هاتين الروايتين من الإشكال تبعا في ذلك ما ذكره الباجي وغيره من الشيوخ، على أنه يمكن الجمع بينهما بأن يحمل ما ذكره الباجي، وابن شاس والمصنف على الغريم الحي، وما في الروايتين على الغريم الميت، ولا يبقى في المسألة خلاف، وهو الذي يؤخذ من تعليل المازري.

ويحتمل أن يحمل ما ذكره الباجي على ما إذا لم يشترط رب الدين أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف مسألة "العتبية"، و"الْمَوَّازِيَّة"، فإنه نص فيهما على الاشتراط، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام الباجي؛ لأنه قال: إذا وهب الطالب حقه للغريم برئ الحميل ولو وهب الحق للحميل لم يبرأ الغريم، وعليه أن يؤدي للمتحمل له ثم قال:

فَرْعٌ: ومن أخذ حميلا بثمن سلعة على أن يأخذ أيهما شاء بحقه، فمات الغريم

---

(١) أخرجه الشافعي: ٣٦١/١، وأحمد: ٥٠٨/٢، رقم (١٠٦٠٧)، والترمذي: ٣٨٩/٣، رقم (١٠٧٨، ١٠٧٩)، وقال عن الثاني: حسن وهو أصح من الأول. وابن ماجه: ٨٠٦/٢، رقم (٢٤١٣)، والحاكم: ٣٢/٢، رقم (٢٢١٩) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي: ٤٩/٦، رقم (١١٠٤٨). وأخرجه أيضًا: الطيالسي (ص ٣١٥، رقم (٢٣٩٠)، وأبو يعلى: ٤١٦/١٠، رقم (٦٠٢٦)، وابن عدي: ٤١/٥، ترجمة (١٢٠٨) عمر بن حبيب العدوي.

فحلله الطالب، وذكر الروايتين[١].

قوله: (بِخِلافِ الْعَكْسِ)؛ أي: فلا يلزم من براءة الحميل براءة الأصل، وهكذا في "الْمُدَوَّنَة".

فَرْعٌ: فإن غاب الغريم وغرم الحميل، ثم قدم الغريم فأثبت أنه كان دفع، ففي "الْمَوَّازِيَّة":

ينظر فإذا دفع الحميل الحق قبل الغريم وبعد الأجل فله الرجوع على الغريم؛ لأن دفعه كان بحق، ويرجع الغريم بما دفع على صاحب الحق، وإن كان الغريم قد دفع قبل الحميل فلا تباعة للحميل عليه، ويرجع الحميل على صاحب الحق بما دفعه إليه، وإن جهل أمرهما لم يتبع الحميل إلا من دفع إليه إلا أن تكون له بينة أنه الدافع أولا، أو بقضاء من سلطان بعد أن يحلف الغريم أنه الدافع قبل، فإن نكل حلف الحميل فأغرم الغريم، فإن نكل جميعًا لم يكن على الغريم شيء[٢].

(ص): **(وَلا يُطَالِبُ الضَّامِنُ بِمُؤَجَّلٍ بَعْدَ مَوْتِ الْمَضْمُونِ إِلا بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ)**

(ش): يعني: إذا مات المضمون قبل حلول أجل الدين، فلا يطالب الضامن بالدين إلا بعد الأجَلِ.

وهذا معنى قوله: (بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ)؛ لأنه لا يلزم من حلول الدَّيْن على الغريم حلوله على الحميل لبقاء الذمة، وحكى ابن رشد الاتفاق عليه.

وفي بعض النسخ (ولو مات الأصل تعجله من ماله)، فإن لم يترك وفاء لم يطلب الكفيل بمؤجل بعد موت المطلوب إلا بعد استحقاقه، وهي ظاهرة.

ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": وإن مات الغريم مليئًا والطالب وارثه برئ الحميل؛ لأنه إن غرم للطالب شيئًا رجع عليه بمثله في تركه الميت، والتركة في يده فصار كمقاصة، فإن مات الغريم معدمًا ضمن الكفيل[٣].

(ص): **(وَلِلمَضْمُونِ لَهُ طَلَبُ تَرِكَةِ الضَّامِنِ وَيَرْجِعُ وَرَثَتُهُ عَلَى الْمَضْمُونِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ، وَقِيلَ: يُوقَفُ إِلَى الأجَلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الأَصْلُ مَلِيئًا أَخَذَهُ الْغَرِيمُ، قَالَ يَحْيَى: هَذِهِ رِوَايَةُ سُوءٍ...)**

(ش): لما تكلم على موت المضمون قبل الأجل تكلم على موت الضامن قبله؛

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٢، ومختصر خليل: ١/١٧٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل٧/٣٨، والبهجة في شرح التحفة: ١/٢٩.

(٣) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٦، والشرح الكبير: ٢/٢٥٢.

يعني: وإن مات الضامن قبل الأجل فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ - أي: رب الدَّيْن - تعجيل الحق من ورثة الضامن.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو كان الغريم حاضرًا مليئًا وله أن يحاصص غرماءَهُ ويرجع إذا أخذ ربُّ الدَّيْن الحق من تركة الضامن ورثة الضامن على المضمون - أي: الغريم - بعد استحقاقه الدين.

وقوله: (وَقِيلَ): هذا القول رواه ابن وهب وقاله عبد الملك، وإنما قال يحيى: هذه رواية سوء؛ لأنه حجر المال من غير فائدة حصلت لورثة الحميل ولا لربِ الدين، وقد يهلك فلا يحسن أن يجعل ضمانه من واحد منهما[1].

خَلِيلٌ: ويظهر أن الوارث لو رضي بإيقافه، وقال: إن تلف كان ضمانه مني لأخاصم عند الأجل أن يكون القول قوله، وإليه أشار ابْنُ رَاشِدٍ، وجعل عبد الوهاب رواية ابن القاسم مبنية أن للطالب أن يطالب أيهما شاء، ورواية ابن وهب على أن لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه، وأنكر ذلك ابن يونس وغيره، ورأى أن الخلاف هنا مبني على الرواية بعدم مطالبة الضامن إلا من بعد تعذر الأصل؛ لأن ابن القاسم ممن قال: لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه، فكيف يفرع على غيره، وهذا هو الأقرب، وحكى اللَّخْمِيُّ، والْمَازِرِيُّ، عَنِ ابْنِ نَافِعٍ قولا ثالثًا بالفرق، فإن كانت تركة الحميل مأمونة واسعة لم يؤخذ الدين منها معجلًا ولا موقوفًا وإلا وقف الدين لتخليصه عند الطلب.

تَنْبِيهٌ: هذا حكم ضامن المال؛ لأن كلام المصنف إنما هو فيه، وأما ضامن الوجه فسيأتي.

(ص): (وَلِلضَّامِنِ الْمُطَالَبَةُ بِتَخْلِيصِهِ عِنْدَ الطَّلَبِ)

(ش): قال في "الجَوَاهِر": إن للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا طولب وليس له ذلك قبل أن يطالب، وعلى هذا فيكون معنى قول المصنف: (عِنْدَ الطَّلَبِ)، أي: طلب الكفيل، وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع عنه.

وقال ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: يعني: أن ربَّ الدين إذا توجَّه له الطلب فسكت عنه أو نص على تأخيره فللحميل ألا يرضى بذلك التأخير، ويقول لرب الدين: إما أن تطلب حقك وإلا أسقط عني الحمالة، وهذا مقيد بما إذا كان الغريم موسرًا، وأما المعسر فلا

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٢٨٠/٣، والتاج والإكليل: ١٠٢/٩.

كلام له.

وحمل كلام المصنف على هذا أحسن؛ لأنه المتبادر إلى الفهم.

فَرْعٌ: فإن أخر رب الدين الغريم بعد الأجل، ففي "البَيَان": تحصيل المسألة أن المطلوب إذا أخره الطالب فلا يخلو إما أن يكون مليئًا أو معدمًا؛ فإن كان معدمًا فلا كلام للحميل باتفاق، وإن كان مليئًا فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

الأول: أن يعلم فينكر[1].

والثاني: أن يعلم فيسكت[2].

والثالث: أن يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه. فالأول: لا يلزمه تأخير الطلب، ويقال له: إما أن تسقط الكفالة وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته؛ فإن حلف لم يلزمه التأخير، والكفالة ثابتة على كل حال، هذا مذهب ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وإن كان سكت فيها عن اليمين.

وقال غيره في "الْمُدَوَّنَة": الكفالة ساقطة على كل حال، وقيل: إنها لازمة بكل حال.

خَلِيلُ: انظر هذا فإن الظاهر أنه كالقول الأول، وأما إن علم بذلك فسكت حتى حل الأجل فالكفالة لازمة قاله في "الْمُدَوَّنَة"، ويدخله الخلاف المعلوم في السكوت، هل هو كالإقرار أم لا؟ وأما إن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل فيحلف صاحب الحق ما أخره ليبرأ الحميل من حمالته وتلزمه الحمالة، فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة، وهذا كله في التأخير الكثير، وأما اليسير فلا حجة للكفيل فيه. انتهى.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم؛ إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيرًا للغريم، فيكون له طلبه؛ لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال: وضعت الحمالة دون الحق، وإن نكل لزمه تأخيره.

تَنْبِيهٌ: وقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة ما نصه[3]:

(ولا يلزم تسليم المال للحميل ليؤديه؛ إذ لو هلك لكان من الأصل).

ونحوه في "الْجَوَاهِرِ" و"الْمُدَوَّنَة" في السلم الثاني، إلا أن في قول المصنف: (إذ لو هلك لكان من الأصل)، إطلاقًا يبينه ما في "الْمُدَوَّنَة"، وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٣٩٨، ومنح الجليل: ١٢/٤٨٩.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٢/٢١٤.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣٠.

فضاع فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل قامت بهلاكه بينة أم لا، عينًا كان أو عرضًا أو حيوانًا؛ لأنه متعدٍّ، وإن كان على الرسالة لم يضمنه، وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب.

ويحتمل أن يريد المصنف بقوله: (لكانَ من الأصل) أن لصاحب الدين أن يطلبه من الغريم، ويرجع به الغريم على الكفيل إن أخذه على الاقتضاء[1].

(ص): (وَيَرْجِعُ إِذَا أَدَّى بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَلا يُفِيدُ إِقْرَارُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ)

(ش): أي: ويرجع الضامن إذا أدَّى عن الغريم بشرط أن تشهد بينة بمعاينة الدفع للطالب، أو يقر الطالب بالقبض، وهو مراده بقوله: (بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ)، وهو الطالب؛ لأنَّ الحقَّ سقط بهذين الوجهين، وأما إقرار المضمون عنه أنه دفع للطالب فذكر المصنف أنه لا يقبل؛ لأن الحق لا يسقط عن الغريم، ومن حجته أن يقول للضامن: أنت فرطت بتركك الإشهاد، ولا أعلم في ذلك خلافًا إذا أدَّى الضامن للمضمون له بغير حضرة الغريم، وأما بحضرته فلابن القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في ترك الإشهاد، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع؛ لأن التقصير كان من الغريم؛ لأن الحميل أدَّاها عنه بحضرته[2].

ابْنُ رُشْدٍ: والأول أظهر؛ لأنَّ المال للضامن فهو أحق بالإشهاد على دفعه.

فَرْعٌ: ويرجع بمثل ما أدى إذا كان مثليًا، واختلف إذا تكفل بعرض وأداه فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب: يرجع بمثله؛ لأنه سلف، وفي سماع أبي زيد أن المطلوب مخير إن شاء دفع مثله، وإن شاء دفع قيمته. وفي "الْوَاضِحَة " أنه لا يغرم إلا مثله.

قال في "البَيَان": ولا خلاف أنه اشترى العرض أنه يرجع بمثله الذي اشتراه به ما لم يحابِ فلا يرجع بالزيادة.

(ص): (وَإِذَا صَالَحَ الضَّامِنُ رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَة)

(ش): لما ذكر حكم الضامن إذا أدى مثل الدين وأنه يرجع به ذكر إذا أدى غيره.

وقوله: (صَالَحَ)، يريد بمقوم؛ بدليل قوله: (رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَةِ).

ويُفْهم من كلامه جواز المصالحة ابتداء، وفي ذلك ثلاثة أقوال: الجواز مطلقًا؛

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٣.
(٢) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٣.

لأنه مكارمة، ولأنه دخل على أن الغري بالخيارِ إِنْ شَاءَ دفع ما عليه، وإن شاء دفع قيمة ما أعطى أو مثله إن كان مثليًا.

والمنع مطلقا؛ لأنه أخرج من يده شيئًا لا يدري أيأخذ قيمته أو ذلك الدين، فهو بيع بثمن مجهول[١].

والتفرقة، فإن صالح عنه بمثلي امتنع، وبمقوم جاز، واختلف قوله في "الْمُدَوَّنَة": (إذا صالح بمثلي مخالف لجنس الدين)، فمنعه في السلم الثاني، وأجازه في الكفالة.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو أقرب؛ لأن الباب معروف، وحكى ابن رشد رابعًا بالجواز فيما تجوز يه النسيئة في المبايعة، والمنع فيما لا تجوز فيه، كأن يؤدي دنانير عدة عن دراهم أو تمرًا عن قمح.

الباجي: وإلى منع المصالحة بالدنانير عن الدراهم، وبالعكس رجع ابن القاسم، وأشهب، وأصحابهما[٢].

محمد: لأنه يدخله الصرف بخيار، قال: وعلى القول بمنع المصالحة يرجع على الطالب بما دفع إليه، وعلى الجواز، فقيل: يرجع الكفيل على المطلوب المتحمل عنه بما تحمل عنه به.

وقيل: يخير المتحمل عنه، فإن شاء أغرمه ما غرم عنه، وإن شاء غرم الذي كان عليه والقولان قائمان من "الْمُدَوَّنَة".

فإن قيل: فما وجه القول بالفرق بين المقوم والمثلي؟

قيل: لأن المقوم لما كان يرجع فيه إلى القيمة، وهي من جنس الدين، والحميل يعرف قيمة سلعته فقد دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين، وإن كانت أكثر فقد دخلا على أخذ الدين وهبة الزيادة، بخلاف المثلي؛ لأنه من غير جنس الدين فلا يعرف فيه الأقل والأكثر؛ لأن الأقل والأكثر لا بد أن يشتركا في الجنس والصفة، فكانت الجهالة في المثلي أقوى.

قال جماعة: ولا خلاف في الجواز إذا دفع من الصنف الذي على المديان، ولكن أدنى منه أو أجود؛ إذ لا يشك أحد أن الدافع لا يختار إلا الأخف[٣].

وعورضت بقوله في "الْمُدَوَّنَة" فيمن أمر رجلا يشتري له سلعة بالعين، ولم يدفع

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٣/٢٨١

(٢) انظر: مواهب الجليل٧/٣٩.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣٠.

إليه شيئًا، فاشتراها بغير العين: أن الآمر مخير في ترك ما اشتراه، ولا إشكال أن يدفع للمأمور ما ودى عنه، وكان ينبغي إن رضي بالشراء أن يدفع له الأقل مما أمر به أو قيمة ما اشترى به بجامع أن كل واحد من الوكيل والكفيل فعل غير ما أمر به لقصد المعروف، وتردد بعضهم في صحة هذه المعارضة، وفي الفرق بأن المأمور مأذون له في السلف؛ لأن الفرض أن الآمر لم يعطه شيئًا، فإذا أمضى الآمر فعله، فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف، وأما الكفيل فلم يؤذن له في شيء بوجه، وإنما قصد هو من جهة نفسه التطوع، فلا يكون على الغريم إلا الأقل.

واعلم أن الضامن يتنزل منزلة الغريم، فما جاز للغريم أن يدفعه عوضًا عما عليه جاز للضامن، وما ليس فليس، فلو ضمنه في عروض عليه من سلم لم يجز له أن يصالح عنها قبل الأجل بأدنى صفة أو قدرًا؛ لئلا يدخله: (ضع وتعجل)، ولا بأكثر؛ لئلا يدخله: (حط الضمان عني وأزيدك)، وأجازوا أن يصالح بعد الأجل بدنانير طيبة عن دنانير أدنى منها؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يعطي إلا الدنية، وكذلك العكس؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يدفع إلا الذي عليه[1].

الْمَازِرِيُّ: لكن لم يطرد هذا في "الْمُدَوَّنَة" في الطعام من السلم، فإنه منع الكفيل أن يصالح من له الدين إذا حل الأجل بطعام أجود مما تحمل به أو طعام أدنى منه، وإن فعل ذلك قضى عن الغريم لا ليشتريه لنفسه.

وعلى ذلك بأنه بيع الطعام قبل قبضه لأجل ما يكون لمن عليه الدين من الخيار في أن يدفع مثل ما دفعه الكفيل أو الدين الذي عليه، والمسألة تحتمل من التفريع أكثر من هذا، لكن تركنا ذلك لمحاذاة كلام المصنف[2].

(ص): **(وَضَابِطُ تَرَاجُعِ الْحُمَلاءِ أَنَّ مَنْ غَرِمَ مَنْ يَلْقَاهُ بِمَا أَدَّى عَنْهُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثُمَّ بِنِصْفِ مَا أَدَّاهُ عَنْ غَيْرِه بِسَبَبِ الْحَمَالَةِ لأَنَّهُ شَرِيكٌ وَيَتَرَاجَعُونَ...)**

(ش): لما كان الحميل قد يتحد وقد يتعدد، وكان الحكم في الواحد يؤخذ بما تقدم، أخذ في بيان المتعدد وذكر له ضابطًا مثاله: لو اشترى ثلاثة سلعة بثلاث مائة، وتحمل كل منهم بصاحبه، فإذا لقي البائع أحدهم أخذ منه الجميع مائة بطريق الأصالة، وبمائتين عن صاحبيه بطريق الحمالة، ثم إن لقي هذا الدافع أحدهما أخذ منه مائة؛ لأنه

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٣.

أداها عنه وخمسين نصف الثلث الباقي من الحق؛ لأنه كان أداها عن الغريم الثالث، وهما معًا حميلان فيتساويان فيها، فمن لقيه منهما أخذ منه الخمسين لأنه شريكه؛ أي: من الحمالة.

(ص): (وَيظْهَرُ بِمَسْأَلَةِ الْمُدَوَّنَةِ إِذَا اشْتَرَى سِتَّةُ نَفَر سِلْعَةً بِستِّ مائَةِ دِرْهَمٍ بِالْحَمَالَةِ فَلَقِيَ البَائِعُ أَحَدَهُمْ فَأَخَذَ مِنْهُ الْجَمِيعَ فَإِنْ لَقِيَ الْغَارِمُ أَحَدَهُمْ أَخَذَهُ بِمائَةٍ عَنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ وَبِمائَتَيْنِ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَمَالَةِ فَإِنْ لَقِيَ أَحَدَهُمَا ثَالِثًا أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ وَبِخَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ فَإِنْ لَقِيَ الثَّالِثُ رَابِعًا أَخَذَهُ بِخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ وَخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ثُمَّ إِنْ لَقِيَ الرَّابِعُ الخَامِسَ، أَخَذَهُ بِاثْنَيْ عَشَر وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ وَرُبُعٍ إِلَى أَنْ يَلْقَى الخَامِسُ السَّادِسَ فَيَأْخُذَ مِنْهُ سِتَّةً وَرُبُعًا؛ لأَنَّهُ أَدَّاهَا عَنْهُ وَحْدَهُ...)

(ش): (بِالْحَمَالَةِ)، أي: على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال، فإذا لقي الطالب أحدهم أخذه بست مائة عليه منها مائة، والخمس مائة الباقية بطريق الحمالة، فإذا لقي الغريم أحد الخمسة لم يكن له طلب بالمائة التي دفعها عن نفسه، وهكذا كل من دفع عن نفسه شيئًا لا رجوع له به، تبقى له خمس مائة، منها مائة على هذا الثاني، فيأخذها منه تبقى أربع مائة، فيقول له: ادفع لي نصفها مائتين؛ لأنك شريكي في الحمالة، فإذا لقي أحد هذين ثالثًا أخذه بخمسين وخمسة وسبعين، لأنه دفع ثلاث مائة عن نفسه لا رجوع له بها، ومائتين عن هذا الثالث، وعن الثلاثة الباقين ينوبه منها خمسون فإذا قبضها منه، قال: بقيت لي مائة وخمسون عن الثلاثة الباقين وأنت شريكي فيها، فإن لقي الذي دفع خمسين وخمسة وسبعين رابعًا، فالخمسون لا رجوع له بها، لأنها عنه، وقد أدى عن الرابع وعن صاحبه خمسة وسبعين منابة منها خمسة وعشرون، فإذا قبضها قال: بقي لي خمسون أنت شريكي فيها[1].

وقوله: (بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ وَرُبُعٍ)؛ أي: فإن لقي هذا الرابع الذي دفع خمسة وعشرين وخمسة وعشرين خامسًا، فالخمسة والعشرون التي دفعها عن نفسه لا رجوع له بها، وقد دفع عن الخامس وعن صاحبه خمسة وعشرين تنوبه منها اثنا عشر ونصف، فإذا قبضها، قال: بقيت لي اثنا عشر ونصف وأنت شريكي فيها؛ فإن لقي الخامس السادس الذي دفع اثنا عشر ونصفًا عن نفسه وستة وربعًا بالحمالة سادسًا لم يأخذ الخامس من السادس إلا ستة وربعًا؛ لأنها هي التي أداها عنه وحده.

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/ ٢١٧.

تَنْبِيهَاتٌ:

الأول: ما ذكرناه من صورة العمل هو الذي حسب الفقهاء كلهم المسألة عليه، وذهب أبو القاسم الطبري الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب، وأن صورة التراجع مثلا من الثاني على الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل؛ بل إذا التقى الثالث مع أحد الأولين يطلبه بالاعتدال معه في الغرم عن الثالث، فيقول: كنا اجتمعنا باجتماع بعضنا ببعض، ولو اجتمعنا لكان المال علينا أثلاثًا مائتان على كل واحد، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت، فهي التي تقع لك وادفع إلى صاحبك المائة التي دفعها عني إذا لقيته فيستوفي في كل واحد مائتين كما لو اجتمعنا في دفعة، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع وهكذا بقيتها[1].

التنبية الثاني: قول المصنف: (فلو لقي... أحدهم فأخذ منه)، هل له أن يأخذ الجميع من أحدهم، وإن كانوا حاضرين أو يشترط تعذر الوفاء من بقيتهم؟ فيه تفصيل: إن قال لهم صاحب الدين: أيكم شئت أخذته بحقي فله أخذ أحدهم بالجميع، كان الباقي حضورًا أملياء أم لا، وإن لم يقل: أيكم شئت أخذته بحقي لم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض إلا في العدم؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالحق في ملاء الغريم وحضوره على الرواية المشهورة.

ابْنُ يُونُسَ: وليس للغريم فيها إذا اشترط أنه يأخذ بحقه من شاء منهم أن يرجع على كل واحد من أصحابه إلا بما عليه من أصل الدين؛ لأنه لم يؤدِّ مع هذا الشرط بالحمالة، بل صار كل واحد غريمًا لصاحبِ الدينِ، وسواء كانت حمالة بعضهم عن بعض وهم شركاء في سلعة أو حمالة عن غيره[2].

التنبيه الثالث:

اعلم أن هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يكون الحملاء غرماء بأن يشتروا سلعة وهي التي ذكرها المصنف.

والثاني: أن يكونوا حملاء ليسوا بغرماء؛ أي: يتحملوا بدين هو على غيرهم، ولم يتعرض المصنف لهذا الوجه.

ولا خلاف في مسألة المشترين أن من دفع يطالب صاحبه الذي يلقاه بما يقع عليه

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٩٩/١٣.

(٢) انظر: مختصر خليل: ١٧٩/١.

من المال، ولا يأخذ منه المائة التي تلزمه في خاصَّته، ويقتسمان ما بقي، وأما إن كان الحقُّ على غيرهم فاختلف إذا أخذ الحق من بعضهم ثم لقي الآخر، هل يقاسمه بالسواء في الغرم، وإليه ذهب ابن لبابة والتونسي وغيرهما.

قالوا: لأنهم سواء في الحمالة وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره، أو إنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه كالأول، وإليه ذهب كثير من الأندلسيين، ونحوه في "الْمُدَوَّنَة" وفي سماع أبي زيد في المستخرجة؟

وجعلوا ما ينوب كل واحد من المال وهي مائة بالحمالة كما لو كان عليه دين، ونص المسألة على الوجه الثاني من "الْمُدَوَّنَة".

مالك: وإذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل حمالة مبهمة فأعدم الغريم، لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق، إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض، فحينئذٍ إن غاب أحدهم أو عدم أخذ من وجد منهم مليئًا بجميع الحق، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق؛ إذ لا يتبع الكفيل في حضور الغريم وملائه[1].

ولو شرط: أيكم شئت أخذته بحقي، ولم يقل: بعضكم كفيل ببعض، فليأخذ أحدهم بجميع الحق ، وإن كانوا حضورًا أملياء، ولا رجوع للغارم على أصحابه، إذ لم يؤدِّ بالحمالة عنهم، ولكن عن الغريم، ولو قال: بعضكم كفيل ببعض وقال مع ذلك: أيكم شئت أخذته بحقي، أو لم يقل؛ فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على أصحابه إذا لقيهم بالثلثين، وإن لقي أحدهم رجع عليه بالنصف، وذكر ابن حبيب عن جميع أصحاب مالك مثلما في "الْمُدَوَّنَة"؛ أعني: أنه لا رجوع للغريم على أصحابه فيما إذا قال: أيكم شيئت أخذته بحقي.

اللَّخْمِيُّ: وقال محمد: له أن يرجع على أصحابه إذا كانوا أربعة على كل واحد بربع الحق، والقول الأول أبين ومجمل قوله: (أنه إنما يأخذ من شاء منهم على الغريم حتى يتبين أنه إنما يأخذه بذلك عن أصحابه).

ابن حبيب: وقال ابن الْمَاجِشُون فيمن باع شيئًا من رجلين وشرط أن يأخذ أيهما شاء بجميع الثمن، أو تحمل له رجلان بدين وشرط عليهما ذلك، فشرطه باطل، وليس له اتباع أحدهما بأكثر من نصيبه إلا في عدم صاحبه أو غيبته كالحمالة المبهمة.

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٢/٤٩٠.

وقاله ابْنُ كِنَانَةَ، وَأَشْهَبُ، وقول ابن القاسم بلزوم الشرط أظهر؛ لأن الناس عند شروطهم، وقد اختلف قول مالك في الحميل المبهم فكيف بالشرط؟ وقاله أصبغ وابن حبيب.

فَرْعٌ: ويتنزل منزلة حمالة بعضهم عن بعض ما رواه ابن وهب عن مالك في "الْمُدَوَّنَة": إذا كتب الرجل حقه على رجلين وشرط أن حيَّكما عن ميتكما ومليئكما عن معدمكما، فكذلك حمالة أحدهما عن الآخر.

التنبيه الرابع: الْمَازِرِيُّ: أفردت جماعة من الأشياخ لمسألة الستة حملاء تأليفًا، ولم يذكر المصنف إلا ابتداء العمل، فرأينا أن نكمله حتى يؤدي كل واحد مائة، فإني رأيت نفوس الطلبة عند إلقائها تطلب تمام عملها، وربما صعب ذلك عليهم وها أنا أذكره على ما قاله المازري، فأقول[1]:

إذا غرم الأول ست مائة، ثم لقي أحدهم فأخذ منه ثلاث مائة كما تقدم، ثم إن لقي الأول ثانيًا، قال له: غرمت ثلاث مائة عن نفسي مائة أصالة ومائتين بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم، يلزمك في خاصتك خمسون ويبقى مائة وخمسون، وعليك نصف ما بقي، وهو خمسة وسبعون، فجميع ما يأخذ منه مائة وخمسة عشرون، فصار جميع ما أخذ من صاحبه مائة وخمسة وعشرين، ويبقى ما أدى بالحمالة خمسة وسبعون، ثم إن لقي ثالثًا قال له: أديت بالحمالة خمسة وسبعين عن ثلاثة أنت أحدهم فادفع إليَّ ثلثها خمسة وعشرين ونصف ما بقي مما أديت بالحمالة؛ فإنك به معي حميل، فجميع ما يأخذه منه خمسون وتبقى له خمسة وعشرون، ثم إذا لقي رابعًا، قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون هي عليك وعلى صاحبك السادس فأعطني نصفها اثني عشر ونصفًا ونصف ما بقي، وذلك ستة وربع، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع، وبقي له مما غرم ستة وربع، ثم إذا لقي السادس أخذها منه، فهذا كمال عمل الأول، ثم تعود إلى الذي يليه وهو الثاني الذي لقيه أولا وغرم ثلاث مائة، فإذا لقي الذي يليه وهو الثالث الذي كان غرم للأول أيضا مائة وخمسة وعشرين، فيقول له: أنا قد أديت بالحمالة من هذه الثلاث مائة التي غرمت مائتين عن أربعة نصيبك منها خمسون، فيأخذها منه فتبقى مائة وخمسون أنت معي بها حميل، فيقول هذا الثالث: قد أديت أنا أيضا بالحمالة للأول خمسة وسبعين سأؤتيك في مثلها، وتبقى لك خمسة

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣٠، والتاج والإكليل: ٩/١٠٣.

وسبعون فخذ نصفها سبعة وثلاثون ونصف، فجميع ما يأخذ منه سبعة وثمانون ونصف، فجميع ما أدى هذا الثالث للأول والثاني مائتان واثنا عشر ونصف، وبقي للثاني مائة واثنا عشر ونصف مما أدى بالحمالة؛ لأنه أدى ثلاث مائة منها عن نفسه ومائتان بالحمالة، رجع إليه مما أدى بالحمالة سبعة وثمانون ونصف المائتين، فالباقي له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف، ثم إذا لقي الرابع الذي كان غرم للأول خمسين، قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم يلزمك ثلثها في خاصتك، وهي سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه، ويقول له: بقيت لي خمسة وسبعون أنت معي بها حميل، فأعطني نصفها، فيقول له هذا الرابع: قد وديت أنا بالحمالة للأول خمسة وعشرين، سأوتيك في مثلها وبقيت لك خمسون فخذ نصفها، فجميع ما أخذ منه اثنان وستون ونصف، فجميع ما أدى الرابع للأول والثاني مائة واثنا عشر ونصف، فيبقى للثاني مما أدى بالحمالة خمسون، ثم إن لقي الخامس، قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة أيها الخامس عنك وعن السادس خمسون عليك نصفها خمسة وعشرون فيأخذها منه، ويقول له: بقيت لي عليك خمسة وعشرون بالحمالة أنت معي بها حميل[1].

فيقول الخامس: قد أديت أنا أيضا ستة وربعًا سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك ثمانية عشر وثلاثة أرباع عليَّ نصفها، وذلك تسعة وثلاثة أثمان، فجميع ما أدى له الخامس أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان، وجملة ما أدى هذا الخامس للأول ثمانية عشر وثلاثة أرباع، وللثاني أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان، فجميع ذلك ثلاثة وخمسون وثمن، وبقي هذا الثاني يطلب خمسة عشر وخمسة أثمان، فإذا لقي السادس أخذها منه، ثم إن الثالث الذي غرم للأول والثاني مائتين واثني عشر ونصفًا إذا لقي الرابع، قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم فأعطني ثلثها، وهو سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه، ويقول له: بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وسبعون أنت معي بها حميل، فيقول له هذا الرابع: قد أديت أنا أيضًا بالحمالة للأول خمسة وعشرين وللثاني خمسة وعشرين، وذلك خمسون سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك خمسة وعشرين فخذ نصفها اثني عشر ونصفًا، فيصير جميع ما أخذ منه خمسين، وجميع ما أدى هذا الرابع للأول والثاني والثالث مائة واثنان وستون ونصف، ثم إن

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢٥٣/٢، وبلغة السالك: ٢٨١/٣.

لقي الخامس، قال له: بقيت لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك، وعن السادس عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربع، فيأخذها منه، ثم يقول له: بقي لي أحد وثلاثون وربع أنت معي بها حميل، فيقول له هذا الخامس: قد أديت أنًا أيضًا بالحمالة للأول ستة وربعًا، وللثاني تسعة وربعًا وثمنًا وذلك خمسة عشر ونصف وثمن سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك خمسة عشر ونصف وثمن أيضًا على نصفها سبعة وثلاثة أرباع ونصف وثمن فيدفعها إليه فيصير جميع ما أخذ منه تسعة وثلاثين ونصف ثمن تبقى سبعة وخمسون وثمن فخذ نصفها ستة وعشرين ونصفًا ونصف ثمن، ويصير جميع ما أدى هذا الخامس للأول والثاني والثالث اثنين وتسعين وثمني نصف ثمن، ثم إن الثالث لقي السادس، فيقول له: بقي مما أديت عنك بالحمالة ثلاثة وعشرون وربع وثمن نصف ثمن، فيأخذها منه، فيذهب هذا الثالث وقد غرم مائة، ثم إن الرابع الذي غرم للأول والثاني والثالث مائتين واثنين وستين ونصفًا لقي الخامس فيقول له: بقي لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس، عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربع فيأخذها منه ثم يقول له: بقيت لي أحد وثلاثون وربع وأنت معي بها حميل، فيقول له هذا الخامس: قد وديت أنا أيضًا بالحمالة للأول والثاني والثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن سأؤتيك فيها وبقيت ستة وسبعة أثمان ونصف ثمن عليَّ نصفها ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن. فيأخذها منه ويصير جميع ما يأخذ الرابع من الخامس خمسة وثلاثين وثمنًا وربع ثمن، وجميع ما ودى الخامس للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن، وبقي الرابع يطلب سبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن، ثم إنه لقي السادس فيأخذها منه فيذهب وقد أخذ مائة، ثم الخامس لقي السادس وقد كان أدى للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن عليه منها مائة بقي يطلب سبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن، فيأخذها من السادس فيذهب وقد غرم مائة، فيذهب السادس وقد غرم مائة، للأول: ستة وربعًا، وللثاني: خمسة عشر وخمسة أثمان، وللثالث: ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن، وللرابع: سبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن، وللخامس: مثلها جميع ذلك مائة، والله أعلم[1].

(ص): (الْمَضْمُونُ شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٧، وحاشية الدسوقي: ١٣/٣٩٩.

كَضَمَانِ الْوَجْهِ)

(ش): الركن الرابع: (الْمَضْمُونُ)؛ أي: الحق الذي يضمن (شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ)، ليتحرز من الجراح والقتل والحقوق البدنية، فإنها لا يمكن استيفاؤه من الضامن، ومن ضمان المعينات كما سيأتي.

وقوله: (أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ) يحتمل أن تكون (مَا) موصولة أو نكرة موصوفة، فالذي يتضمن الاستيفاء ضمان الوجه لاستلزامه المال.

فإن قلت: بقي عليه ضمان الطلب فإنه يصح ولا يمكن استيفاؤه[1].

قيل: لا نسلم أنه لا يمكن استيفاؤه؛ لأن الحق هنا هو الطلب، وهو يمكن استيفاؤه من الضامن، ووقع لأصبغ في "الْوَاضِحَة " في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال فيؤخذ فيعطي الحملاء بما عليه من القتل وأخذ مال أنهم يؤخذون بما يؤخذ به إلا أنهم لا يقتلون.

فضل بن سلمة: انظر هل أراد أنهم يؤخذون بالمال خاصة أو به وبالدية في القتل.

عياض: وهو على هذا التأويل موافق لعثمان البتي في قوله: يلزم الحميل في القتل والجراح إذا لم يأت به دية القتل وأرش الجراح، وفي مفيد الحكام: لأصبغ: لا بأس بالضمان في الجراح التي تؤول إلى المال.

الْمَازِرِيُّ: ولو كانت الحدود التي هي حق الله تعالى إنما تثبت بالإقرار لكان التكفل بالطلب لمقر جائزًا على القول عندنا أن للمقر الرجوع عن إقراره وإن لم يظهر له عذر على القول بأن هروبه كالرجوع عن الإقرار.

واختلفت الروايات في حديث الغامدية هل كفل بها رَسُولُ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أقرت بالزنى وهي حامل حتى تضع أم لا؟

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقوله: (إن هروب الجاني دليل على رجوعه عن إقراره) ليس بالبين؛ لاحتمال أن يكون هروبه من ألم الحد مع تماديه على صحة الإقرار.

(ص): **(فَلا يَصِحُّ ضَمَانُ مَبِيعٍ مُعَيَّنٍ مُطْلَقًا بِإِحْضَار مِثْلِهِ إِنْ هَلَكَ)**

(ش): أتى بالفاء؛ لأنه مسبب عما قبله.

وقوله: (مُطْلَقًا)؛ أي: سواء كان مقومًا أو مثليًا وهو مقيد بغير النقدين، فيصح ضمانهما ولو عينت على مذهب "الْمُدَوَّنَة"؛ لأنه إنما تجوز المعاوضة عليها عنده على

---

(١) انظر: مختصر خليل: ١/١٧٩، ومنح الجليل: ١٢/٤٩٠.

شرط الخلف اللهم إلا بالنسبة إلى الصَّرف فيهما كالعروض.

وقوله: (إِنْ هَلَكَ)؛ أي: قبل أن يقبضه المشتري، وفي معنى الهلاك الاستحقاق.

ولو اشترى سلعة من رجل على أنها إن استحقت فعلى البائع خلاصها، وضمن البائع في ذلك غيره، ففي "الْمُدَوَّنَة"، قال ابن القاسم: إن استحقت انفسخ البيع، ولا تلزم الحمالة، وقال غيره: تلزمه وهو أدخل المشتري في غرم ماله، فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق، والثمن الذي أدى إلا أن يكون الغريم مليئًا حاضرًا فيبرأ، وروي هذا أيضًا عن ابن القاسم ودخل تحت، قوله: (معينًا) خدمة معين[1].

فقال ابن القاسم فيمن استأجرته شهرًا: لم يجز أن تأخذ منه حميلا.

(ص): (وَأَنْ يَكُوَن دَيْنًا مُسْتَقِرًّا أَوْ آيِلا إِلَيْهِ)

(ش): يعني: معلومًا أو مجهولا (وَأَنْ يَكُونَ) معطوف على قوله: (أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ)؛ أي: وشرطه أن يكون دينًا مستقرًا أو آيلا إلى الدين المستقر، ولا أعلم في هذه الشروط في المذهب خلافًا إلا ما سيأتي في الكتاب.

(ص): (فَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ وَقبلَ وُجُوبِهِ)

(ش): هذا كالنتيجة عما قبله ولهذا عطفه بالفاء، ولا فرق في المجهول بين أن يكون حاصلا أو سيحصل، ويصح ضمان المجهول؛ لأن غاية أن يكون كهبته، وهي جائزة عندنا.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ومن قال لرجل: ما كان لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا به حميل؛ فاستحق قبله مالا، كان هذا الكفيل ضامنًا، ولا إشكال إن ثبت الدين ببينة وإن أقر له بعد الضمان، فقولان: واستقرأهما عياض وغيره من "الْمُدَوَّنَة".

ابن الموَّاز: وأما ما أقر به قبل الحمالة فيلزمه غرمه، وقيد ابن يونس القول بأنه لا يلزمه بالإقرار بما إذا كان الغريم معسرًا، وأما الموسر فلا تهمة فيه؛ لأنه إن بدأ الكفيل بالغرم على أحد قولي مالك رجع الكفيل على الغريم.

ومما يدخل تحت كلام المصنف قوله في "الْمُدَوَّنَة": ومن قال لرجل: بايع فلانًا أو داينه فما بايعته به من شيء أو داينته فأنا ضامن له، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه. قال غيره: وإنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يداين به المحمول عنه[2].

---

(١) انظر: حاشية العدوي٢/٢١٤، ومواهب الجليل٧/٣٩.

(٢) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣٠، والتاج والإكليل: ٩/١٠٣.

ابن يونس وصاحب " البَيَان": وهو تفسير، الْمَازِرِيُّ: وهو الأظهر.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وللشيوخ كلام في قول الغير: هل هو تقييد أو خلاف، قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل، فقال: لا تفعل فقد بدا لي في الحمالة، فذلك له بخلاف، قوله: احلف وأنا ضامن، ثم رجع قبل اليمين لا ينفعه رجوعه؛ لأنه حق، وأجاب ابْنُ يُونُسَ: لأن من حجة المدعي أن يقول: أنا ادعيت أن لي عليك كذا، وقد أحل هذا نفسه محل المدعى عليه، فكما لو قال المدعى عليه: احلف لي وأنا أغرم، لا يكون له رجوع، فكذلك هذا، والذي قال: عامله وأنا ضامن، كقول المعامل نفسه: عاملني وأنا أعطيك حميلا، فكما لهذا أن يرجع فلهذا أن يرجع.

وذكر المازري عن بعض أشياخه أنه إنما يرجع إذا أطلق، وأما إن قيد، فقال: عامله بمائة دينار فلا رجوع له، وأنكر غيره هذه التفرقة، ورأى أن له الرجوع مطلقًا قبل المعاملة.

قال: وبعض أشياخي يجري هذا على الخلاف في الهبة هل تلزم بالقول أم لا؟ انتهى.

وقد يخرج في مسألة الضمان خلاف من الخلاف في لزوم العدة، وقد حكى في "البَيَان " في (كِتَابِ الْعَارِيَة) أربعة أقوال[1]:

أحدها: أنها تلزم ويقضى بها، وإن لم تكن على سبب، وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بها.

والثاني: يقضي بها إن كانت على سبب، وإن لم يدخل في السبب، ولا يقضى بها إن لم تكن على سبب، وهو قول أصبغ في (كِتَابِ الْعِدَّةِ)، وقول مالك في (كِتَابِ الْعَارِيَةِ) من "العتبية".

الثالث: لا يقضى بها وإن كانت على سبب حتى يدخل في ذلك السبب، وهو قول سحنون في (كِتَابِ الْعِدَّةِ) من "العتبية"[2].

الرابع: أنها لا تلزم وإن كانت على سبب دخل فيه، وهو الذي يأتي على ما رواه أشهب وابن نافع، عن مالك في "الْمَوَّازِيَّة" و"الْعُتْبِيَّة"، وإن مات وعليه دين لا يدري كم هو، فتحمَّل بعض ورثته بجميعه نقدًا أو إلى أجل على أن يخلَّى بينه وبين ماله، فإن

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٣.

كان على أنه إن فضل شيء فبينه وبين بقية الورثة جاز؛ لأن ذلك معروف وطلب خير للميت ولورثته، وإن كان الفضل له والنقص عليه لم يجز؛ لأنه غرر إلا أن يكون الوارث واحدًا.

ولو طرأ غريم لم يعلم به، فعلى الآخر الغرم، ولا يلزمه قوله: لم أعلم به وإنما تحمَّلت بما علمت.

ابن دحون: وإنما جازت للمسامحة وأصلها المنع لما فيها من الجهالة.

مالك: وإن مات وعليه ثلاثة آلاف ولم يترك إلا ألفًا وله ولد واحد لا يرثه غيره، فسأل غرماء أبيه أن يدعو الألف بيده وينظروه سنتين ويضمن لهم بقية دينهم، فرضوا بذلك جاز.

ابن القاسم: وبلغني عن ابن هرمز مثله.

(ص): (**وَلا يَصِحُّ بِالْكِتَابَةِ وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ**)

(ش): لأن هذا ليس بدين لازم، ولهذا لو عطفه بالفاء لكان أولى؛ لأن المكاتب لو عجز عنه رجع رقيقًا، والحميل يحل محل المتحمل عنه، فإذا كان الدين ليس ثابتًا على الأصل فأحرى فرعه، وهو الحميل، وهذا هو المعروف[1].

وقال محمد بن عبد الحكم: لا بأس بالحمالة بالكتابة كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون له بالتجارة بمال أو عن رجل في ولاية بشيء اشتراه أحدهما أن ذلك يلزمه، وإن ذهب ماله باطلا فهو الذي رضي بهذا[2].

ابْنُ يُونُسَ: ولا أعلم أن لي في هذا القول رواية، وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرَّج قولا بجواز الحمالة بالكتابة من قول أشهب فيمن قال لرجل: كاتب عبدك وعلي مائة دينار؛ لأن الحمالة بالكتابة عند هذا المخرج إنما منعت؛ لأن المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب، فإذا عجز لم يحصل العتق ووجب بطلان الحمالة.

وهذا المعنى حاصل في مسألة أشهب، فإذا لم يكن معتبرًا عنده فيها وجب ألا يعتبر في الكتابة، وردَّهُ المازري بأن من كاتب عبده على أن أعطاه حميلا بالكتابة فقد أعطاه حميلا بدين قد لا يثبت، فلم يصح ذلك، وفي مسألة أشهب إنما دفع إليه مالا على أن يستأنف الكتابة فيرفع حقه في بيع العبد وانتزاع ماله والحجر عليه، فصار هذا

---

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة: ٣١/١.
(٢) انظر: التاج والإكليل: ١٠٤/٩.

كالمعاوضة، قال: وهذا مما ينظر فيه لإشكاله.

فَرْعٌ: والمنع إنما هو مع عدم اشتراط تعجيل العتق، وأما لو تحمل رجل بالكتابة على شرط التعجيل فهو جائز، ويكون للحميل الرجوع على المكاتب، قاله في "الْمُدَوَّنَة".

قوله: (وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ)، قرره ابْنُ رَاشِدٍ، وَابْنُ عَبْدِ السَّلامِ على أنها منعت قبل وجازت بعد الشروع، وفيه نظر من وجهين:

أما أولا: فإنه وإن لم يكن دينًا لازمًا في الحال، ولكن يستلزم فيدخل تحت قول المصنف (أَوْ آيلا إِلَيْهِ).

وأما ثانيًا: فلأن الذي نقله المازري صحة الضمان بالجعل، ولفظه: ومنها - أي: من الحقوق المالية - ما ليس بعقد لازم كالجعالة على مذهب من يرى أن الجعل لا يلزم بالعقد، كقوله: إن جئتني بعبدي الآبق فلك عشرة دنانير، فهذا تصح الحمالة به أيضًا قبل المجيء بالآبق، فإن جاء به لزم الحميل ما تحمل به، وإن لم يأت به سقطت الحمالة.

(ص): (**وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْوَجْهِ وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا**)

(ش): ضمان الوجه عبارة عن الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة، ولم يختلف في صحة ذلك عندنا.

وقوله: (وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ليس هذا موضعًا للمبالغة كما فعل المصنف؛ لأن المنكر يحتاج إلى إقامة البينة عليه فلا بد من حضوره في موضع القاضي؛ لتوقع البينة الشهادة على عينه، وأما المقر فلا يحتاج إلى ضمان الوجه في حقه في أكثر المسائل، وإنما يحتاج في الغالب إلى ضمان المال، ولهذا ذهب بعض الشافعية إلى صحة ضمان الوجه في حق المنكر دون المقر، فلو قال: (ولو كان مقرًّا)، لكان أولى.

(ص): (**وَيَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ**)

(ش): هذا لا خلاف فيه؛ أي: يلزم حميل الوجه إحضار المتحمل عنه وهو الذي ضمن[1].

(ص): (**وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ أَوْ بِبَرَاءَتِهِ مِنْهُ أَوْ سَجْنٍ**)

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٤.

(ش): لا يلزم إحضاره عند الحاكم، إلا أن يشترط ذلك، حكاه صاحب " الكافي".

وقوله: (فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ)، هذا إذا كان مكان الاشتراط باقيًا على حاله تجري فيه الأحكام، وأما إن خرب فصار لا تجري فيه الأحكام، فهل يبرأ بإحضار الغريم فيه أم لا؟

قولان ذكرهما محمد بن عبد الحكم، وكذلك ذكر القولين إذا أحضره بغير بلد الاشتراط بحيث تأخذه فيه الأحكام، حكاهما ابن عبد الحكم.

الْمَازِرِيُّ: وهذا عندي يلاحظ مسألة الشرط الذي لا يفيد، وقد يكون هذا الشرط مفيدًا كما إذا كان البلد المشترط إحضاره فيه هو موضع سكنى البينة، أو كان الحق غير عين وللطالب غرض في أخذه بمحل الاشتراط.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن دفعه إليه بمكان فيه حاكم فيبرأ، وإن دفعه إليه في بلد لا سلطان فيه أو حال فتنة أو مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع فيه، لا يبرأ الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه أو به سلطان.

وقوله: (أَوْ بِبَرَاءَتِهِ)، أي: ببراءة رب الدين للحميل من الحمالة.

(أَوْ سَجْنٍ): هو كقوله في "الْمُدَوَّنَة": وإذا حضر المحمول عنه بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ؛ لأن الطالب قادر على أخذه من السجن ويحبس له في دينه بعد تمام ما سجن فيه، اللَّخْمِيُّ، والْمَازِرِيُّ: وسواء سجن بحق أو باطل لإمكان أن يحاكمه عند القاضي الذي حبسه، فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه، فيجري ذلك مجرى موته، وموته يسقط الكفالة[1].

فُرُوعٌ:

الأول: ما ذكره المصنف من البراءة بالتسليم إنما هو إذا لم تكن الكفالة مؤجلة، أو كانت مؤجلة وحل الأجل لا إن لم يحل ككون من له الدين لم يستحق الطلب، فلا يفيده إحضاره للغريم وهو لا يستحق طلبه، قاله المازري وغيره.

الثاني: إذا أسلمه الغريم وهو عديم، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" أنه يبرأ، وهو الذي يؤخذ من قوله: (وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ)، إذا لم يشترط الملاء، وروى ابن الجهم عن مالك أنه لا يبرأ، وقال به ابن اللباد.

الثالث: مذهب "الْمُدَوَّنَة" وهوالمشهور: أن الغريم لو سلم نفسه للطالب وأشهد

---

(١) انظر: بلغة السالك: ٣/٢٨٢.

أنه دفع نفسه إليه، وقال له: أسقط الكفالة عمن تكفل بوجهي أن الكفالة لا تسقط.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ولو كان في موضع تنفذ فيه الأحكام إلا أن يسلمه الحميل بنفسه أو وكيله.

ابن المواز: أو يقول الحميل للغريم اذهب فسلم نفسك، ولا يكون الغريم كوكيل له.

وقال ابن عبد الحكم: يبرأ الكفيل بتسليم الغريم نفسه.

الْمَازِرِيُّ: واختاره بعض أشياخي، وكذلك أيضًا على المشهور لا تسقط الحمالة إذا أسلمه له أجنبي؛ بل لا بد أن يسلمه هو أو وكيله.

الرابع: لو شرط الحميل بالوجه أنك إن لقيت غريمك سقطت الكفالة عني، اعتبر هذا الشرط إن لقيه بمكان تناله فيه الأحكام لا إن لم تنله، قاله في "الْعُتْبِيَّة".

(ص): **﴿وَإِلا غَرِمَ بَعْدَ أَجَلٍ خَفِيفٍ، وَقِيلَ: بِغَيْرِ أَجَلٍ، وَقِيلَ: لا يَغْرَمُ﴾**

(ش): يعني: وإن لم تحصل براءة الحميل بأحد الوجوه المذكورة غرم على المشهور، وعليه فالمشهور أنه يتلوم له، وهو معنى قوله: ﴿بَعْدَ أَجَلٍ خَفِيفٍ﴾، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، و"الْعُتْبِيَّة"، و"الْمَوَّازِيَّة".

وقال ابن وهب: لا يتلوم له[1].

وقيل: لا يغرم، وهو مقابل لما أصله في صدر المسألة من الغرامة.

وهذا القول لابن عبد الحكم، ووجهه أنه إنما التزم إحضار الغريم وذلك لا يدل على التزام المال على المشهور من إثبات التلوُّم.

ففي "الْمُدَوَّنَة": وإن كان الغريم حاضرًا أو غائبًا قريب الغيبة، مثل: اليوم وشبهه تلوم السلطان للحميل، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم، وإن بعدت غيبة المكفول غرم مكانه، فحد الغيبة القريبة اليوم وشبهه.

الْمَازِرِيُّ: وقيل: هي يومان، وقيل: ثلاثة، واختار بعض الأشياخ اليوم؛ لأنه مقدار ما يتلوم في الحضور، وهل ذلك ثلاثة أيام لكون الحميل يسافر ليأتي بالمكفول مسافة يوم، ويتأخر يومًا في طلبه، ويأتي به في اليوم الثالث؟

وإذا قيل: يومان، اقتضى ذلك خمسة أيام، يومان في السفر ومثلهما في القدوم ويوم الإقامة في طلبه، والقول بالثلاثة أبعد؛ لأن ذلك يقتضي عندي سبعة أيام،

---

(١) انظر: القوانين الفقهية: ١/٢١٨.

والأصح عندي في هذا مراعاة الضرر فينفي عن الطالب ضرر التأخير الذي يضر به، وينفي عن الحميل ضرر الاستعجال الذي يضر به.

فَرْعٌ: وهل يتلوم لضامن المال إذا غاب الأصل أو أعدم؟ قولان لابن القاسم.

(ص): **(فَلَوْ حُكِمَ بِالْغُرْمِ فَفِي سُقُوطِهِ بِإِحْضَارِهِ قَوْلانِ)**

(ش): يعني: إذا حمل القاضي على حميل الوجه بالغرم لعدم الغريم، ثم أحضره فهل يسقط عنه الغرم بإحضاره؛ لأنه إنما غرم لغيبته وقد وجدوا الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، وهو قول سحنون، أو يقال: هو حكم مضى وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" والمشهور؟

وعلى قول سحنون إذا دفع الضامن المال قبل الإحضار مضى، وذكر عياض أنه المشهور، وقول سحنون على خلاف هذا الوجه؛ لأنه قال بعد ذكر ما في "الْمُدَوَّنَة": إن كان قد حكم على الحميل بالغرم مضى الحكم، واختلف الشيوخ في المراد بالحكم هل هو شهادة الحاكم على الحميل بالغرم، وهو قول عبد الملك.

وقال بعضهم: بل القضاء عليه بالمال ودفعه لربه، وأما إن لم يغرم فيسقط إذا أتى بالغريم، ومثله في سماع عيسى، ونحوه عن سحنون.

انتهى بمعناه[1].

ونقل اللَّخْمِيُّ، وابْنُ يُونُسَ القولين، كما نقلهما المصنف، وإذا فرعنا على المشهور أنه لا يسقط الغرم عن الضامن بحضور الغريم، فقال ابن يونس وغيره: يبقى للطالب التخيير إن شاء اتبع الغريم أو الحميل.

فَرْعٌ: لو غاب الغريم فأراد كفيل الوجه أن يثبت فقره ليسقط فإنه لو حضر وهو فقير لم يلزم الحميل غرم.

فقال اللَّخْمِيُّ: له ذلك ولا غرم عليه إذا ثبت ذلك؛ لأن يمين الغرم على العدم استظهار.

وقال الْمَازِرِيُّ: يجري فيها قولان؛ لأن الفقر إذا ثبت بالبينة لم يحلف الغريم على ذلك؛ أي: فهل يحلف الغريم لتعذر هذه اليمين، أو لا؛ لأنها استظهار؟ هذا معنى كلامه.

فَرْعٌ: وأما لو أغرم الحميل ثم أتت بينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء لرجع

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٠٠.

الحميل على رب الدين بما أدى إليه، قاله في "الْمُدَوَّنَة"، وغيرها.

(ص): (**فَلَوْ مَاتَ الْمَضْمُونُ لَمْ يَلْزَمِ الضَّامِنَ شَيْءٌ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ لَزِمَ وَإِنْ كُنْتُ قُلْتُ غَيْرَ هَذَا فَاطْرَحُوهُ...**)

(ش): أي: فلو مات الغريم وهو مراده بالمضمون ولم يكن حكم على حميل الوجه بالضمان لم يلزم الضامن شيء، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة"، وعلله فيها بأن النفس المضمونة قد ذهبت.

محمد: وهذا هو المعروف من قول مالك، وعليه جماعة من أصحابه، وعن ابن القاسم أيضًا في "الْموازية" ما ذكره المصنف من القول الثاني، ونصه عند ابْنِ يُونُسَ: ابن القاسم: وإن مات في غيبته وهي قريبة أو بعيدة لزم الغرم الحميل؛ إلا أن تكون الحمالة مؤجلة ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة لو كلف الحميل المجيء به لخرج فيها ورجع قبل محل الأجل، فحينئذٍ تسقط عنه الحمالة ولا تلزمه.

ابن القاسم: وإن كنت قلت لكم في هذه المسألة غير هذا فاطرحوه وخذوا هذا. فظاهر، وصرح بذلك ابن القاسم في هذا القول في "العتبية" أنه لو مات بالبلد لم يلزم الكفيل شيء ولو مات بغيره لفصل كما ذكرنا، وإنما لزم الكفيل الغرم في هذا القول؛ لأن تفريطه في الغريم حتى خرج عن البلد كعجزه عن إحضاره وهو حي؛ لأنه لو منعه من الخروج لحل الأجل عليه، وهو بالبلد فيتمكن رب الدين من طلبه[1].

وعلى هذا فقول المصنف: (وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ)، يريد: وبغير البلد، وقول ابن القاسم في هذه الرواية: (ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة) مفهومه لو كان بأيام قليلة لكان الضمان أيضا عليه وهو كذلك، ولكن اختلف في حد ذلك.

فقال ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة": إن بقي من أجل الدين ما لا يتحمل أن يذهب الكفيل فيأتي به لزمت الكفيل الغرامة.

وقال ابن القاسم أيضا في "الْوَاضِحَة": إن بقي من الأجل ما لو أقيل الغريم فيه لوصل عند الأجل فلا شيء على الحميل، وحمله على الوفاء على أن يأتي بنفسه من غير رسول، قاله: اللَّخْمِيُّ، والْمَازِرِيُّ، وغيرهما.

فَرْعٌ: لو مات حميل الوجه فالمشهور أن الكفالة لا تسقط وكأنه التزم دينًا في ذمته

---

(١) انظر: مختصر خليل: ١/١٨٠.

خلافًا لعبد الملك، وكأنه على قوله إنما التزم ما يتعلق بعينه.

الْمَازِرِيُّ: وعلى المشهور فإن كان الدين حالا طُلِبت الورثة بإحضار الغريم، وإلا أخذ الحق من التركة، وإن كان ذلك مؤجلا فإن الورثة أيضًا يطالبون بإحضار الغريم، فإن أحضروه سقطت الكفالة[1].

محمد: وتسقط إذا أحضره أحد الورثة وإن كان الدين مؤجلا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: هكذا حكى المازري عن محمد، والذي رأيته في "الْموازية" بعد أن حكى قول عبد الملك.

محمد: يقال لورثته: جيئوا بالذي عليه الدين، وإلا ضمنتم.

التونسي: لم يذكر متى يجيئون به ولعله أراد عند حلول الأجل. انتهى.

ونقل اللَّخْمِيُّ عن محمد مثل ما نقله المازري بناء على نقله.

وعارض الأشياخ المتأخرون هذا بأن إحضار الغريم قبل الأجل لا يفيد الطالب، إذ لا يقدر على طلبه حينئذ.

قال: ولعل محمدًا رأى هذه الحوالة تحل بموت الحميل كما تحل بموت الغريم، وما ذلك إلا لما يلحق ورثته من الضرر في قسمة التركة، وقد يتعلق بها حق الطالب لإمكان أن يحل الأجل ويغيب الغريم.

(ص): (فَلَوْ قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وَشِبْهَهُ طَلَبهُ بِسَفَرِ مِثْلِهِ)

(ش): هذا هو حميل الطلب، وقوله: (بِطَلَبِهِ وَشِبْهَهُ)، يحتمل أن يريد بالشبه نحو هذه الصيغة.

كما لو قال: علي أن أطلبه.

وقال ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: تقع حمالة الطلب على وجهين:

الأول: أن يبتدئ الحمالة على ضمان الوجه، ويشترط الضامن إن لم يجده فلا شيء عليه من المال.

والثاني: أن يبتدئ الحالة على ضمان الطلب، ولما أراد المصنف الجمع بينهما، قال: (فَلَوْ قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وَشِبْهَهُ).

ابن المواز: ويلحق بقوله: (أضمن وجهه وأنا بريء من المال في عدم إغرامه المال) ما لو قال: (لا أضمن إلا وجهه)؛ أي: لأنه استثنى وجهه بعد أن عمم نفي

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٢/٤٩١.

الضمان لكل شيء، واستشكل صاحب " الْمُقَدِّمَاتِ"، و"البَيَان" قول محمد هذا.

وقال: لا فرق بين قوله: (أضمن وجهه) وبين (لا أضمن إلا وجهه).

قال: وإنما يصح ما قاله محمد إذا كان لكلامه بساط يدل على إرادة الطلب فقط، كما لو قيل له: تحمل لنا بوجه فلان فإن جئت به فأنت بريء من المال، فيقول: لا أضمن إلا وجهه[١].

عياض: وتصح حمالة الطلب في كل شيء حتى في القصاص.

وقوله: (طَلَبهُ بِسَفَرِ مِثْلِهِ) الضمير في (مِثْلِهِ) عائد على الحميل، وكذلك قال في "الْجَوَاهِر".

وقال اللَّخْمِيُّ: إن لم يعلم موضعه وحيث توجه كان عليه أن يطلبه في البلد. وفيما قرب.

واختلف إذا عرف موضعه، فقال أصبغ: يطلبه على مسيرة اليوم واليومين، وحيث لا مضره فيه.

وقال ابن الْمَاجِشُون: يخرج لطلبه قرب أو بعد، ما لم يتفاحش، فأما ما يكون من أسفار الناس فليخرج، أو يرسل أو يؤدي عنه.

ابن حبيب: والشهر ونحوه من أسفار الناس.

وقال ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة": يعتبر في هذا ما يقوى الكفيل عليه فيكلفه وما لا يقوى عليه فلا يكلفه، وقد حكى المازري هذه الثلاثة الأقوال وحكاها أيضًا صاحب "البَيَان"[٢].

قال بعد هذا: وحكى فضل عن ابن عبد الحكم أن السلطان يتلوم له فإن جاء به وإلا حبسه حتى يأتي.

والظاهر أن المصنف أراد بقوله: (سَفَرِ مِثْلِهِ) قول ابن الْمَاجِشُون؛ فإن قلت: بل أراد قول ابن القاسم.

قيل: لفظه (يقوى) تعطي من الوسع ما يعطي (سَفَرِ مِثْلِهِ).

فإن قلت: لعل المصنف أراد إذا لم يعلم موضعه، قيل: هناك لم يشترط سفر المثل، وإنما قالوا يطلبه في البلد وما قرب منه[٣].

---

(١) انظر: حاشية العدوي٢/٢١٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٧/٤٠.

(٣) انظر: البهجة في شرح التحفة: ١/٣١.

فَرْعٌ: ولا يلزم حميل الطلب غرم، وإن لم يأت بالغريم إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره، ففرط حتى هرب أو أنذره حتى هرب، قاله غير ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة".

أبو الحسن: وهو تتميم وتفسير، وهكذا قال في "الْعُتْبِيَّة"؛ لأن فيها: وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقريته ولم يتماد عاقبه السلطان بالحبس بقدر ما يرى، أو يأمره بإحضار صاحبه إن قدر عليه، وأما أن يضمنه المال فلا، إلا أن يلقاه فيتركه فيضمن إن أثبت ذلك عليه، وكذلك إن كان غيبه في بيته ولم يظهره، ولهذا قال ابن الهندي: عليه أن يحلف ما قصر في طلبه ولا دلس فيه ولا يعلم له مستقر.

أبو محمد صالح: وهذا على القول بلحوق أيمان التهم، وظاهر ما لابن القاسم في "العتبية" تصديقه من غير يمين؛ لأن فيها: إذا خرج لطلبه، ثم قدم وقال: لم أجده، وقال الطالب: من يعلم أنك بلغت الموضع، القول قول المحيل إن مضت مدة يبلغ فيها ويرجع.

اللَّخْمِيُّ: وهو مثل قوله في "الْمُدَوَّنَة" في الأجير على تبليغ الكتاب يدعي أنه أوصله وخالفه غيره في الأجير، فيلزم على قوله أن يكلف الحميل إثبات وصوله ورده.

الْمَازِرِيُّ: هذا التخريج بأن الأجير يطلب إثبات دين في ذمته، والدين لا يثبت في الذمة إلا ببينة، وأما الحميل فإنه إنما يبرئ نفسه من الطلب.

(ص): (**وَلَوْ شَرَطَ الأَجَلَ فِي الْحَالِ وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ يُوسِرُ فِي مِثْلِهِ مَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَأَجَازَهُ أَشْهَبُ...**)

(ش): يعني: لو شرط الضامن التأجيل بالدين الحالّ على الغريم، والغريم حينئذٍ معسر يوسر قبل تمام الأجل، فهل يمنع لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفًا - لأنه أخر ما عجل فيمتنع؛ لأنه مسلف وقد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه، وهو قول ابن القاسم، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق - أو يجوز؟ لأن الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يكون، فلم يؤخره وكان المعسر تبرع بالضمان،وهو قول أشهب؟ أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق، وهذا مفهوم من كلام المصنف[1].

وقوله: (فِي مِثْلِهِ) لفظة (مثل) زائدة؛ لأن المراد في الأجل قبل فراغه، ومعنى قولنا: (يُوسِرُ) قبله؛ أي: الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٤.

وفهم من قوله: (وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ)، أنه لو كان موسرًا لجاز، وكذلك نص اللَّخْمِيُّ عليه.

(ص): **(فَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَعْضِ جَازَ ضَمَانُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْجَمِيعِ)**

(ش): كما لو كان عليه مائتان وبيده مائة جاز أن يؤخر ما هو به موسر لضامن ولا مانع، وكذلك المعسر به؛ لأنه تبرع لضامن، ولو ضمنهما منع لأنه سلف جر منفعة؛ إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف، وانتفع بالضمان في المائة التي هو معسر بها، وقاله اللَّخْمِيُّ وصاحب " البَيَان".

(ص): **(وَلَوْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حَالا جَازَ)**

(ش): هكذا في "الْمُدَوَّنَة": وجعل الرهن كذلك.

قال: لأنه زيادة توثق، وأطلق كلام المصنف، وقيده ابن يونس ما إذا كان الحق مما له تعجيله، وأما إن كان عرضًا أو حيوانًا من بيع فلا يجوز؛ لأنه (حط الضمان وأزيدك).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وليس هو ببين؛ لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق ولا منفعة ينتفع بها، وإنما قصد التوثق، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته، وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل. انتهى.

وقال اللَّخْمِيُّ: إن أعطاه حميلا ليتعجله قبل الأجل فإن كان الدين عينًا أو عرضًا من قرض جاز، وإن كان من بيع وكان قَصَد الغريم بتعجيله منفعة الطالب جاز، وإن أراد إسقاط الضمان عن نفسه لم يجز[1].

(ص): **(وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وَفاء الأَصْلِ تَلَوَّمَ الْحَاكِمُ وَأَلْزَمَهُ مَا لَمْ يَكُنْ مَلِيئًا حَاضِرًا...)**

(ش): أي: (لَوْ عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وَفاءِ الأَصْلِ)، فقال: (أنا ضامن لك بما على فلان إن لم يوفِّك حقَّك)، فإن الضمان صحيح على الوجه الذي شرط، ويتلوم له القاضي بقدر ما يرى، ثم يلزمه المال؛ إلا أن يكون الغريم حاضرًا مليئًا، فإن القاضي يجبره على الدفع للطالب.

(ص): **(وَصِيغَتُهُ: تَحَمَّلْتُ، وَتكَلَّفْتُ، وَضمنْتُ، وَأَنَا زَعِيمٌ، وَعِنْدِي، وَشِبْهُ ذَلِكَ)**

(ش): قوله: (وَشِبْهُ ذَلِكَ)؛ أي: قبيل، وأدين، وصبير، وعزيز، وينبغي أن يعتمد هنا

---

(١) انظر: الشرح الكبير: ٢/٢٥٤.

على الألفاظ التي يستعملها العرف في الضمان لا على غيرها[1].

(ص): **(فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الْوَجْهَ - فَقَولانِ)**[2]

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة": من قال: أنا حميل، أو زعيم، أو ضامن، أو قبيل، أو هو لك عندي، أو علي، أو إلي، أو قبلي، فذلك كله حماله لازمة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه، قالوا: ويصدق، وإن لم يدعِ أنه أراد شيئًا فاختلف الشيوخ: هل يحمل على المال أو على الوجه؟ واختار ابن يونس وصاحب " الْمُقَدِّمَاتِ " أنه بالمال واستدلا بقوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الزَّعِيمُ غَارِمٌ"، ولأنه المتبادر من لفظة الحمالة.

الْمَازِرِيُّ: واختار بعض الشيوخ أنه بالوجه لكونه أقل الأمرين، والأصل براءة الذمة، ورد الاستدلال بالحديث بأنه إنما قصد بالحديث بيان حكم وجوب المطالبة للكفيل بما ضمنه، ولم يقصد به بيان حكم إطلاق هذه اللفظة. قال: ولأن الغرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان، إذ البدن لا يصح أن يغرم، فكأنه يقول: الزعيم غارم لما ضمن، والضامن الذي يتصور فيه الغرامة إنما يكون في المال[3].

فَرْعٌ: وأما إن حقَّق كل واحد منهما ما وقعت به الحمالة، فقال الحميل: إنما تحملت بالوجه[4].

وقال الطالب: بل بالمال، فالقول قول الحميل؛ لأن الأصل براءة الذمة.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/١٠٤، والشرح الكبير: ٢/٢٥٤، وما بعدها.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٩٢.

(٣) انظر: منح الجليل: ١٢/٤٩١، وما بعدها، وحاشية العدوي٢/٢١٥.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٠٠، ومختصر خليل: ١/١٨٠.

كِتَابُ الشِّرْكَةِ

(ص): (الشِّرْكَةُ[1]: إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِما)[2]

(ش): هي بكسر الشين وسكونِ الراءِ، والإجماعُ على جوازِها مِنْ حيثُ الجملةِ، ورَسَمها المصنفُ بقوله: (إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ)؛ أي: أَذِنَ لصاحبه أن يتصرَّفَ مع نفسِه، فقولُه: (إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا) كالجنس.

(مَعَ أَنْفُسِهِما) فَصْلٌ أَخْرَجَ بِه الوَكالَةَ.

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وهي مِنَ العُقُودِ الجائزة، لكل منهما أن ينفصلَ متى شاءَ إلا الشركةَ في الزَّرْعِ، فِفي لزومِها خلافٌ؛ لتَرَدُّدِها بين الإجارَةِ والشركةِ، وسيأتي ذلك، ونحوُه لِلَّخْمِيّ وخَرَّجَ قولا - بلزومِها لأوَّلِ نَضَّةٍ - مِنَ الشَّاذِّ في كراءِ المُشَاهَرَةِ أنه

---

(١) الشركة في اللغة: مصدر من الفعل الثلاثي شَرِك، يشرَك شركا، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيد: شارك يشارك مشاركة، أو من المضعف شرَّك تشريكا.

وفي لفظ الشركة لغات أشهرها ثلاثة هي: شِركة، بكسر فسكون وشَرِكة، بفتح فكسر، وشَرْكة بفتح فسكون.

قال ابن القطاع: يقال: شركتك في الأمر أشركك شركا وشركة، وحكى: بوزن نعمة وسرقة، وحكى مكي لغة ثالثة: شركة بوزن ثمرة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر وأشركته.

وقال الجوهري: وشركت فلانا: صرت شريكه، واشتركنا، وتشاركنا في كذا، أي: صرنا فيه شركاء، والشرك بوزن العلم: الإشراك، والنصيب.

والشركة واحدة: الشركات، وواحد الشركاء شريك، يجمع على شركاء وأشراك، ومعناها الاختلاط أو خلط الملكين، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما في شيء واحد. وقيل: هو أن يوجد شيء لاثنين فصاعدا، عينا كان ذلك الشيء أو معنى.

وقيل: أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما. وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة في اللغة الاختلاط والامتزاج.

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وأشركه في أمري﴾ [طه: ٣٢]، وقوله تعالى: ﴿فيه شركاء متشاكسون﴾ [الزمر: ٢٦]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "الناس شركاء في ثلاثة: الماء، والكلأ والنار".

انظر: الصحاح: ١٥٩٣/٤، ولسان العرب: ص ٢٢٤٨، ٢٢٥٠.

وأما اصطلاحا: فقالت المالكية: إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٩٣/١.

يَلْزَمُ شهرًا.

قال: وَأَمَّا إِنْ أَخْرَجا مالا؛ لأن يشتريا به شيئًا مُعَيَّنًا - فإنه يَلزمُ إن لم يُمكِنْ كُلَّ واحِدٍ بانفراده شراؤُه، أو أَمْكَنَه، ولكن اشتراؤُهما أَرْخَصُ، وَإلا فقولان، وهما على الخلافِ في شَرْطِ مَا لا يُفِيدُ.

وفي مُعِينِ الحُكَّامِ: الشركةُ تَنْعَقِدُ بالقولِ عَلَى المشهورِ مِنْ قَوْلِ مَالكٍ وَأصحابِهِ.

وكذلك قال ابْنُ يُونُس: إنها تَلْزَمُ بِالعَقْدِ كالبيعِ، لا رجوعَ لأحدِهما فيها كالبيعِ، بخلافِ الجُعْلِ والقِرَاضِ. ولعياضٍ وابنِ عبد السلام نحوُه.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: الظاهرُ أنه لا مخالفة بينهم، ومراد ابن يونس وغيره أنها تَلْزَمُ بالعقدِ باعتبار الضمان؛ أي: إذا هلك شيْءٌ بَعْدَ العقدِ يكون ضمانُه منها، خلافًا لمن يقول: إنها لا تَنْعَقِدُ إلا بالخلطِ.

فإن قُلْتَ: يلزم من هذا مخالفة الْمُدَوَّنَة؛ لقوله: وإن بقيت كل صُرَّةٍ بِيَدِ صاحبِها حتى ابتاع بها أَمَةً عَلَى الشركة، فالأمة بينهما، والصُّرَّةُ مِنْ رَبِّها.

وقال غيرُه: لا تنعقدُ بينهما شركةٌ حتى يَخْلِطَا[1].

قيل: قَدْ قَيَّدَ اللخميُّ ذلك بما إذا كان في الصُّرَّةِ حَقُّ تَوْفِيَةِ وَزْنٍ أَوِ انتقاد.

قال: وأما إن وُزِنَتْ وانتُقِدَتْ وَبقِيَتْ عند صاحبِها على وجهِ الشركةِ فضاعتْ - لكانتْ مصيبتُها منهما؛ لأن الخلط عنده ليس بِشَرْطٍ في الصِّحَّةِ، هذا نَصُّهُ، وهو يدل لما قلناه، وأيضًا فَلِجَعْلِهِ الأمة بينهما، فاعلمه[2].

(ص): (**الْعَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ**)

(ش): هذا شروعٌ منه في بيان أركانها؛ يعني: أنَّ من جاز له أن يتصرف لنفسه، جاز له أن يُوكِّل ويُشارِك؛ فلا يُشارِكُ العبدُ إلا أن يكون مأذونًا له، وكذلك غيره من المحجور عليهم، وشَبَّهَهُ المصنف بالوكيلِ والْمُوَكِّلِ، لأنه قد يُشَبِّهُ بما سيأتي، ويَقْرُبُ من هذا هنا أن تأتي الوكالة إثر الشركة، واعلم أن كل واحدٍ وكيلٌ عن صاحبه، مُوَكِّلٌ له، وعلى هذا فيكون المصنف شَبَّه كلا منهما بمجموع الوكيل والموكل.

فإن قيل: فقد قالوا: إن الذِّمِّيّ لا يُوَكَّلُ على المسلم فهل يَتَأَتَّى هنا؟

قيل: لا يَبْعُدُ.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٩.

(٢) انظر: الكافي: ٧٨٠/٢.

وقد قال ابن حبيب: لا ينبغي للحافظ لدينه أن يُشارِكَ إلا أهل الدين والأمانة، والتوقي للخيانةِ والرِّبا والتخليط في التجارة، ولا يُشَارِكُ يهوديًا، ولا نصرانيًا، ولا مسلمًا فاجرًا؛ إلا أن يكون هو الذي يتولَّى البيع والشراء، وإنما للآخر البطش والعمل.

(ص): (**الصِّيغَةُ مَا يَدُلُّ لَفْظًا أَوْ عُرْفًا**)

(ش): ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: يعني: أن الشركة لا تختص بلفظ معين، بل كل ما يدل عليها لغَة أو عرفًا، أو ما يقوم مقام ذلك من الأفعال. وفي كلامه مُسَامَحَةٌ؛ لأنه قابل اللفظ بالعرف، فإن أراد باللفظ، ما هو أعمُّ من اللغة والعرف، فكيف يُجْعَلُ العرفُ قسيمًا له، وإن كان مراده باللفظ ما أفاد في اللغة، وبالعرف ما أفاد من الألفاظ العرفية - فقريب؛ إلا أنه يَخْرُجُ عنه الفعل، وإن أراد بالعرف ما أفاد عرفًا أعمَّ من أن يكون لفظًا أو غيرَه - ففيه من الإشكال أنه يكون قد فسر الصيغة بما هو أعم منها[1].

ومثالُ الفعلِ الدَّالِّ كما لو خلطا ماليْهِما وباعا.

(ص): (**مَحَلُّهَا: الْمَالُ وَالعَمَلُ، فَفِي الْمَالِ: بَيْعٌ مِنْ غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ لِبَقَاءِ الْيَدِ**)

(ش): كلامُه ظاهرُ التَّصَوُّر، وذلك لأنه إذا أخرج أحدهما مائة دينار، والآخر مثلها، فكأن كل واحد منهما باع نصف ما أخرجه بنصف ما أخرجه الآخر، لكنهما لم يتناجزا لبقاء يد كل واحد منهما.

وقلنا: (مِنْ غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ)؛ لأن ذلك لو كان مناجزة لاكتُفِيَ به في الصرف، ولهذا الذي أشار إليه المصنف - كان الأصل منعها في المال الذي ذكرنا لولا الإجماع الذي نبه عليه المصنف بقوله.

(ص): (**وَالإِجْمَاعُ عَلَى إِجَازَتِهَا بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ**)

(ش): (كِلا الْجَانِبَيْنِ)؛ أي: أن يُخْرِجَ كل واحد منهما ذهبا، أو كل واحد ورقا[2].

واحترز به مما لو أخرج أحدهما ذهبا والآخر ورقًا؛ لأنه ممنوعٌ كما سيأتي، وعلى كلام المصنف يكون الإجماع على غير قياس، أشار ابن عبد السلام إلى أن بقاء اليد لا يمنع من التناجز؛ لاختلاف وجوه الضمان في ذلك بالجزء المبيع، ألا ترى أنه كان مضمونا قبل الشركة من البائع، وضمانه بعدها منهما، فيكون الإجماع منعقدًا على مقتضى القياس، وإنما لم يُكْتَفَ بهذا القدر في الصرف احتياطًا.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٨.

(٢) انظر: شرح ميارة: ١٩٨/٢.

خَلِيلُ: وفيه نظرٌ؛ لأن بَيْعَ العين بالعين مُصارفَةٌ بلا إشكال، والإجماع هنا جار على غير قياس[١].

وقد صرَّح صاحبُ " الْمُقَدِّمَاتِ " وغيره بأن هذا الإجماع ليس بجار على قياس.

(ص): (**فَقَاسَ ابْنُ الْقَاسِم عَلَيْهِ الطَّعَامَ الْمُتَّفِقَ فِي نَوْعِهِ، وَصِفَتِه، وَمَنَعَهُ مَالِكٌ، فَقِيَل: لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِه...**)

(ش): يعني: أن ابن القاسم قاس الطعامين المتفقَيْنِ في الصفة على الدنانير والدراهم، والجامع حصول المناجزة حُكْمًا لا حِسًّا، فكما اغْتُفِر هذا في الدنانير والدراهم - فكذلك يُغْتَفَرُ في الطعامين، ومنع ذلك مالك، ولأصحابه في الفَرْقِ أَوْجُهٌ:

أولها: ذكره عبد الحق عن شيوخه: أن في الطعامين يدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه صاحبه، ولم يَحْصُل قَبْضٌ لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع، فإذا باعا يكون كل واحد منهما بائعًا للطعام قبل استيفائه، وهذا هو الذي ذكره المصنف.

ثانيها: ما أشار إليه ابن المواز أن ذلك لما يدخله من خلط الطعام الجيد بالدنيء.

ثالثها: لأنه إجماع خرج من غير قياس كما تقدم، وما كان كذلك لا يصح القياس عليه على الصحيح.

رابعها: لإسماعيل القاضي: أن الشركة في الطعام مشروطة بالمساواة في القدر والصفة، وذلك متعذر عادة، قال: ولا يُنْقض هذا بجواز بيع الطعام بعضه ببعضٍ؛ لأن المطلوب في البيع حصول المساواة في القدر فقط، ورَدَّه ابن يونس بأنه تفريع على خلاف أصل مالك وابن القاسم، وذلك لأن طرده يقتضي جواز الشركة بالطعامين المختلفي النوع إذا حصلت المساواة في القيمة.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: قد يُقال: إذا كان التساوي في القيمة مع اتحاد النوع متعذرا عادة، فأحرى أن يكون متعذرا مع اختلافه.

وذكر بعضهم خامسا: أن الطعام مما تختلف فيه الأغراض، ولعله راجع إلى قول إسماعيل[٢].

وسادسها: أن علل الطعام كثيرة بخلاف الدنانير والدراهم، ولعله يرجع إلى ما

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٣/٨٦.

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٧/٦٥.

ذكره عبد الحق.

خَلِيلُ: وقد يقال: في قول إسماعيل القاضي نظر؛ لأنه لولا حصول المساواة لم يكن من ذوات الأمثال، وكذلك أيضًا فيما ذكره عبد الحق نظر؛ لأنه أجاز في "الْمُدَوَّنَة" الشركة بالطعام والنقد، ولو كان كما ذكر من العلة لمنع ذلك.

واحترز المصنف بقوله: (وصفته) مما لو اختلفت الصفة كسمراء ومحمولة، فإنه ممتنع عند ابن القاسم أيضا، قال في "الْمُدَوَّنَة": وسواء اتفقت القيمة أم لا، وحكى عبد الحق عن بعض القرويين أنه يجوز - على مذهب ابن القاسم - الشركة بالطعام المختلف اختلافًا يسيرًا، كما يجوز في "الْيَزِيدِيَّةِ" و"الْمُحَمَّدِيَّةِ".

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وهو محتملٌ.

وظاهر قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" أنه لا يجيز التفاضل في الطعامين المتفقين في الصفة؛ لأنه قال في غير موضع: إن ذلك لا يجوز حتى يتفقا في الكيل والجودة. وأطلق. قال: وهذا أظهر مما حكاه عبد الحق.

(ص): **(وتُمْنَعُ فِي الدَّنَانِيرِ مَعَ الدَّرَاهِمِ وَالطَّعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا)**

(ش): يعني: فإن أخرج هذا ذهبًا والآخر دراهم امتنع، وعلل ذلك في "الْمُدَوَّنَة" بأنه صَرْفٌ وَشرِكَةٌ، والصرف لا يجوز مع الشركة، وإذا لم يجز البيع مع الشركة فالصرف أولى، وأجاز ذلك أشهب وسحنون. وقالا: إنما يُمْنَعُ الصرف والشركة إذا كان الصرفُ خارجًا عن الشركة، وأما الداخل فيها فيجوز، ورواه ابن القاسم عن مالك في "الْمَوَّازِيَّة".

ابن المواز: وهو غلطٌ، وما علمت من أجازه؛ لأنه صَرْفٌ لا يبين به صاحبه لبقاءِ يَدِ كلِّ واحد منهما، وروى ابنُ وهبٍ عن مالك الكراهة، وبذلك أخذ محمدٌ، وَقَيَّدَ اللَّخْمِيُّ ما في "الْموازية" بما إذا تناجزا في الحضرة.

فَرْعٌ: ولو أخرج هذا ذهبًا ووَرِقًا، وَالآخَرُ مِثْلَه ذهبًا وَوِرِقًا؛ فإنه يَجُوزُ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: لا أعلم فيه خلافًا، ولهذا رجَّحَ جماعةٌ قولَ سحنون؛ لأن التعليل الذي ذكره في "الْمُدَوَّنَة" في الدراهم مع الدنانير جار في هذه، وهي جائِزَةٌ.

قال في "الْمُدَوَّنَة" مُفَرِّعًا على المشهور في الشركة في الدنانير والدراهم، فإن عملا فلكل واحد رأس ماله، ويقتسمان الربح: لكل عشرة دنانير دينار، ولكل عشرة دراهم

درهم، وكذلك الوَضِيعَةُ[1].

قال: وإن عَرَفَ كُلُّ واحدٍ السلعةَ التي اشتُرِيَت بماله، فإنَّ السلعة تُبَاعُ: وَيُقْسَمُ الثمن كله.

كما ذكرنا، وقال غيره: لكل واحدٍ السلعةُ التي اشْتُرِيَتْ بماله إن عرفت، ولا شركة له في سِلْعَةِ الآخر.

وأما الشركة بالطَّعَامين المختلفين، فالمشهور - وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة" - المنع، ففيها: وإن أخرج أحدهما محمولة والآخر سمراء، أو أخرج هذا قمحًا والآخر شعيرًا، وقيمة ذلك متفقة أو مختلفة، وباع هذا نصف طعامه بنصف الآخر - لم يَجُز على حال كيفما شُرِط، كما لا أُجيز الشركة بدنانير ودراهم متفقةٌ قيمتها، والقول بالجواز لسحنون بشرط أن تنفق القيمة.

اللَّخْمِيُّ: يُريد: والكيلُ.

وقول المصنف: (فِيهِمَا)؛ أي: في صورتي الدنانير والدراهم والطعامين المختلفين، وقد بَيَّنَّا ذلك، وفي "الْمُقَدِّمَاتِ"، و"البَيَان" عن مالك قولٌ بالجواز في مسألة الطعامين المختلفين، كقول سحنون.

(ص): **(وَتَجُوزُ بِالْعَرْضَيْنِ مُطْلَقًا، وَرَأْسُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ)**

(ش): تجوز الشركة بالعرضين مطلقًا؛ أي: سواءٌ كانا من جنس أو من جنسين.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ولا بأس أن يشتركا بعرضين متفقين أو مختلفين، أو طعام وعرض على قيمة ما أخرج كلُّ واحد[2].

وَرُوِيَ عن مالك في "الْموازية" أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين: ما هو من عمل الناس، وأرجو ألا يكون فيه بأسٌ. وينبغي حَمْلُ هذ على الوِفَاقِ؛ لقوله: أرجو ألا يكون بذلك بأس. وإن كان ابن رشد حمله على الخلاف.

وقوله: (وَرَأْسُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ)؛ أي: إلى يوم الإحضار.

(ص): **(فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً فَرَأْسُ مَالِهِ مَا بِيعَ بِهِ عَرْضُهُ لا قِيمَتُهُ يَوْمَ أَحْضَرَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ)**

(ش): يعني: فلو وَقَعَتِ الشركة بالعرضين فاسدة - كما لو وقعت على تفاضل

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٦٨.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٧/٤٧٦.

الربح أو العمل - فاختُلف فيما يكون رأس مال كل واحد منهما، فالمشهور أنه ما بيع به عرضه؛ لأن العرض في الشركة الفاسدة لم يزل على ملك ربه وفي ضمانه إلى يوم البيع، وهذا كما قلنا في البيع الفاسد أنه ينتقل إلى ملك المشتري بالفوات، فيضمن قيمته يوم القبض، والشاذ الذي حكاه المصنف باعتبار القيمة يوم الإحضار.

ابْنُ رَاشِدٍ، وابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ليس بمنصوص وإنما خرجه التونسي على قول من يرى أن التمكين في البيع الفاسد يوجب الضمان، على أنه لم يجزم هذا القروي به، بل جعله مما يمكن أن يقال، والأقرب أنه لا يتخرج؛ لأن التمكين في البيع الفاسد تمكين تام، إذ لا شركة لأحد معه فيه، بخلافه هنا، فلا يلزم من انتقال الضمان بالتمكين التام انتقاله بالتمكين غير التام.

وأشار التونسي أيضا إلى تخريجه مما إذا أخرج أحدهما ذهبًا، والآخر ورقًا، فإن المشهور - وهو مذهب ابن القاسم -: فسادها، مع أنه قال: إذا اشترى كل سلعة وعرفت يقتسمان الربح على حسب رأس مالهما.

خَلِيلٌ: وقد يُخَرَّجُ على أن المستثنى من أصل إذا فسد، هل يُلحق بصحيح أصله أو بصحيح نفسه؟ وذلك أن الشركة مستثناةٌ من البيع؛ إذ جُوِّز فيها من بيع النقد بالنقد والطعام بمثله ما لم يُجوَّز في البيع[1]، فإذا فسد فهل تُرَدُّ إلى صحيح أصلها - وهو البيعُ - فيجيءُ منه المشهور، أو إلى صحيح نفسها - وهو الشركة - فتكون القيمة يوم الإحضار كما قلنا؟

عبد الحق وابْنُ يُونُسَ: فإن لم يَعْرِفَا ما بيعت به سلعة كل منهما فلكل واحد منهما قيمة عرضه يوم البيع؛ لأن سلعة كل واحد منهما كانت من ضمانه إلى أن بيعت، فالبيع أفاتها، كما قال في الطعامين إذا خُلِطَا، إن رأس مال كُلٍّ واحد منهما ما بيعت به سلعته[2].

تَنْبِيهٌ: قوله: (فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً... إلخ): يقتضي أن القيمة في الشركة الصحيحة يوم الإحضار كما قلنا، وكذلك هو في "الْمُدَوَّنَة".

(ص): (**فَلَوْ خَلَطَا الطَّعَامَيْنِ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ الْخَلْطِ مُتَّفِقَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْمُسَاوِي، وَرُوِي: يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِعَدَمِ التَّعَدِّي...**)

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٥٨/٦.

(٢) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٣٨٦/١٧.

(ش): يعني: لو خلطا الطعامين في الشركة الفاسدة، أما على قول مالك فلأن الشركة في الطعامين لا تقع إلا فاسدة، وأما على قول ابن القاسم فكما لو وقعت على تفاضل الربح والعمل، أو في نوعين مختلفين كقمح وشعير، فالمشهور أنه تُعتبر قيمة كل طعام منهما يوم الخلط، ولهذا التقدير الذي ذكرناه أفرد المصنف الضمير في (قِيمَتُهُ)[1].

وقوله: (وَرُوِيَ: يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)، هو لمالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وفَهِمَ اللخميُّ هذه الرواية على أن كل واحد يضمن لصاحبه مثل نصف طعامه، وإنما اقتسما على المساواة لأنهما على ذلك دخلا، وهو حسنٌ، وأبقاها التونسي على ظاهرها؛ أي: من غير غُرْمٍ، وقال في توجيهها: لأن كل واحد لم يكن متعديا في خلطه، ودخل على أنه لا فضل له على صاحبه، ثم استشكل ذلك، فقال: وقد تكون قيمة الشعير مُفْرَدًا عشرة، وقيمة القمح مفردًا عشرين، فإذا اختلطا صارت قيمة الشعير خمسة عشر، فكيف يصحُّ أن يقتسماه نصفين؟ وإنما زادت قيمة الشعير بالقمح؛ فيجب أن يكون الزائد لرب القمح.

(ص): (**وَتَصِحُّ بِالْعَرْضِ مِنْ جَانِبٍ وَالنَّقْدِ مِنْ جَانِبٍ عَلَى الْمَشْهُورِ**)

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة"، ولم أقف على الشاذ، ولعله مَنَعَ لاجتماع البيع والشركة، وإنما أجاز في المشهور هنا، ومنع في التأخير الدنانير والدراهم؛ لأنه ليس في العين والعرض إلا مانع واحد، وهو البيع والشركة، وهو مغتفرٌ في أصل الشركة بخلاف الدراهم مع الدنانير، فإن في ذلك علتين: البيع والشركة والصرف من غير مُنَاجَزَةٍ، والله أعلم.

(ص): (**وَيُشْتَرَطُ فِي الذَّهَبَيْنِ اتِّفَاقُ صَرْفِهِمَا لا غَيْرُ**)

(ش): يعني: ولا يُنْظَرُ إلى اختلاف الشكل.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وَإِنْ أَخْرَجَ أحدهما دنانير هاشمية، والآخر مثل وزنها دمشقية، أو أخرج هذا دراهم يزيدية، والآخر مثل وزنها محمدية - وصرفها مختلف - لم يجز إلا في اختلافٍ يسيرٍ إلا بال له.

اللَّخْمِيُّ: والقياس أن لا يجوز؛ لأن الترك لموضع الشركة، كما قالوا في الإقالة والشركة في الطعام أنها جائزة على وجه المعروف، ولو قال: لا أُقِيلُك إلا أن تُقِلَني

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٨٢، وشرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٢٠.

ولا أشاركك إلا أن تشاركني، لم يجز؛ لأنهما أخرجا ذلك عن وجه المعروف؛ إلا أن يكونا عقدا الشركة على سكةٍ واحدٍة ثم جاء أحدهما بأفضل.

محمد: وإن أخرج هذا عشرة دنانير قائمة، والآخر عشر تنقص حبتين، واشتركا على ترك الفضل - لم يجز[1].

اللَّخْمِيُّ: يُريدُ لأن الترك للشركة.

وإن أخرج أحدهما مائةً مسكوكًة والآخر مائة تِبْرًا، وتساوى الذهبان، نظرت إلى فضل السكة، فإن كان كثيرا لم تجز الشركة، وإن كان يسيرا جازت إذا ألغيا ذلك الفضل على قول ابن القاسم.

تَنْبِيهٌ: وتقدم أن عبد الحق قاس التفاوت اليسير في النقدين على الطعامين، وأن ابن رشد أبى ذلك، وهو مما يدل على أن الطعام يمتنع فيه ما لا يمتنع في النقدين، والله أعلم.

(ص): (فِي جَوَازِ غَيْبَةِ أَحَدِ الْمَالَيْنِ: قَوْلانِ)

(ش): الجواز لمالك وابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، والمنع لسحنون.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وكأنه الأقرب؛ لأن الشركة تستدعي صحة التصرف في المالين لكل من الشريكين، وذلك مُنْتَفٍ مع غيبة أحد المالين.

وقال اللَّخْمِيُّ: والمشهور أحسن.

وقيد المشهور بقيدين:

أحدهما: ألا يتجرا إلا بعد قبض المال الغائب.

ثانيهما: ألا تكون الغيبةُ بعيدة جدًّا[2].

فَرْعٌ: وعلى المشهور ففي "الْمُدَوَّنَة": إن أخرج أحدهما ألفًا، والآخر ألفا منها خمس مائة غائبة، ثم خرج ربها ليأتي بها وخرج بجميع المال الحاضر معه فلم يجدها، واشترى بجميع ما معه تجارًة؛ فإن له ثلث الفضل.

ابن القاسم: ولا يرجعُ بأجر فضل العمل كشريكين طاع أحدهما بالعمل.

وقال سحنون: له أجر عمله فيما زاد.

وقال محمد: إن خدعه فله ربح ماله، وإن لم يخدعه فله النصف، ولا أجر له.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٩، والكافي: ٧٨٠/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٨/٨، والتاج والإكليل: ٢٢٩/٨، وما بعدها.

ابْنُ يُونُسَ: وإنما يصح قول ابن المواز إذا اشترى بالمال الحاضر قبل علمه بضياع المال الغائب؛ لأنه اشترى على أنَّ ذلك بينهما نصفين، وأما لو اشترى بعد علمه بضياع المال الغائب، وإن كان لم يَغُرَّ، فكيف يجب أن تكون الشركة بينهما، والشركة لم تقع بعد؟ ألا ترى أن ضمان الدنانير الغائبة - ما لم تُقْبَضْ - من ربها، وأنه لو اشترى بها شيئا لكان ضمانها من بائعها، فكيف في الشركة؟!

وقاله التونسي، قال: وظاهر الرواية أنه اشترى بعد علمه بذهاب المال، وللخمي زيادة في المسألة.

(ص): (وَلا بُدَّ مِنْ خَلْطِ الْمَالَيْنِ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا أَوْ يَشْتَرِيَانِ بِهِمَا)

(ش): إن وقع الاختلاط بحيث لا يتميز أحد المالين من الآخر - فاتفق على أن الضمان منهما، وإن تميز ذلك، ففي "الْمُدَوَّنَة": وإن صَرَّ هذا ذهبه في صُرَّةٍ، والآخر في أخرى على حدة، وجعلا الصُّرَّتَيْنِ في يد أحدهما أو في تابوته أو في خرجه فضاعت واحدة، فالذاهبة بينهما، وإن بقيت صُرَّةُ كل منهما على يده - فضياعها منه حتى يخلطا أو يجعلا الصرتين عند أحدهما، وكذلك إن كانا مختلفي السكة إلا أن الصرف واحد، ولو تفاضل الصرف - فسدت الشركة - وكانت الذاهبة من ربها، وإن بقيت صرة كل بيد ربها حتى ابتاع أحدهما بها أمة على الشركة، وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان فالأمة بينهما، والصرة من ربها.

وقال غيره: لا تنعقد بينهما شركة حتى يخلطا؛ أي: الخلط الحِسِّي بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وهو قول سحنون.

المتيطيُّ: ولم يختلف ابن القاسم وغيره: أن الضائعة من ربها.

وقوله في "الْمُدَوَّنَة": والأمة بينهما.

ابْنُ يُونُسَ: يُريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها[1].

وبما في "الْمُدَوَّنَة" يُعْلَمُ أن الصواب هنا (وَيَشْتَرِيَانِ) بالواو، لا ما في بعض النُّسَخِ (أَوْ يَشْتَرِيَانِ) بـ (أو)؛ لأن ذلك يقتضي أنهما لو اشتركا وبقيت صرة كل واحد بيده وذهبا ليشتريا - أن تصح شركتهما، وقد نص في "الْمُدَوَّنَة" على خلافه؛ لكن قال اللَّخْمِيُّ: يُحْمَلُ قوله في الضائعة قبل الشراء وقبل الجمع: إنَّ مصيبتها من صاحبها دون شريكه، على أنه بقي فيها وجه من التوفية وزنا أو انتقادا.

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٣/٣، وشرح ميارة: ١٩٨/٢.

ولو وزن كل واحد وقُلِّبَتْ ثم خُلِّيَت عند صاحبها على وجه الشركة فضاعت لكانت مصيبتها منهما كالجارية؛ لأن الخلط عنده ليس بشرط في الصحة، ولو كان ذلك لكانت مصيبة الجارية - التي اشْتُرِيَت بمال أحدهما قبل الجمع - من صاحبه دون شريكه؛ يعني: فإن لم يُحْمَل على ما ذُكِرَ، وإلا تَعَارَضَ مع قوله: إن مصيبة الجارية منهما.

(ص): (**فَإِن شَرطَا نَفْيَ الاسْتِبْدَادِ لَزِمَ وَتُسَمَّى: شَرِكَةَ الْعِنَانِ**)

(ش): الشركةُ ثلاثةُ أَضْرُبٍ: شركة أموالٍ وشركةُ أبدانٍ وشركةُ وجوهٍ، وسيأتي الكلامُ على الأخيرين، وشركةُ الأموالِ تنقسمُ ثلاثةَ أقسام:

الأولى: شركة مُضارَبةٍ: وهي القِرَاضُ مأخوذةٌ من الضَّرْبِ في الأرض.

والثانية: شركةُ مُفاوَضَةٍ: وهي أن يَجُوز فعل كل واحد على صاحبه ويشتركان في جميع ما يستفيدان، واتُّفِقَ على جوازها، ولا يُفْسِدُها عندنا وجود المال لأحدهما على حدة خلافًا لأبي حنفية، وسُمِّيَتْ: مفاوضة؛ لتفويض كل واحد منهما المال لصاحبه.

وقيل: لاستوائهما في الربح والضمان، من قولهم: تَفَاوَضَ الرَّجُلانِ في الحديث: إذا شَرَعَا فيه، وقيل: المفاوضَةُ المشاورة، كأنهما تَشَاوَرَا في جميعِ أمورِهما.

الثالثة: شِركةُ العِنانِ: وَفَسَّرَها المصنف وابن شاس بأن يشترط كل منهما نفي الاستبداد؛ أي: لا يفعل أحدها شيئا حتى يشاركه الآخر، وفَسَّرَها صاحبُ " الْمُقَدِّمَاتِ " وعياضٌ بأنها الاشتراك في شيء خاصٍّ، وحكى الاتفاق على جوازها، ونحوه لابن عبد الحكم[1].

وقيل: هي الشركة في كل شيء من الأشياء بعينه.

وعلى أنها الشركة في شيء بِعَيْنِهِ، قيل: المعنى في نوع خاصٍّ، كنوع البز، أو فرد خاصٍّ كثوب، وحكى ابن عبد السلام في ذلك قولين: فيتحصَّل في تفسيرها أربعة أقوال.

ويقال: (عِنان) بالكسر، وهو الأكثر لمن جعلها مشتقة من عنان الدابة، و(عنان) بالفتح لمن جعلها من عَنَّ يَعِنُّ إذا عرض، أو من عنان السحاب لظهوره، ثم أشار إلى شركة المفاوضة بقوله:

(ص): (**وَإِنْ أَطْلَقَا التَّصَرُّفَ فِي الْغَيْبَةِ وَالْحُضُورِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَعُودُ**

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٦/١٣، ومواهب الجليل: ٦٥/٧.

عَلَى التِّجَارَةِ لَزِمَ...)

(ش): هو ظاهر التَّصَوُّرِ.

قال في "الْمُدَوَّنَة": والمفاوضة على وجهين: إمَّا في جميع الأشياء، وإما في نَوْعٍ واحد من المتاجر - كشراء الرقيق - يتفاوضان فيه.

(ص): (فَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى نَسِيئَةً مَضَى)

(ش): يعني: لو باع أحد المتفاوضين أو اشترى بالنسيئة؛ مضى فعله ولزم ذلك شريكه.

ولما كان قولُه: (مَضَى) لا يُؤخذ منه الحُكْمُ ابتداء - صَرَّحَ بِجواز ذلك بقوله: (وَلَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يُحْجَرْ)؛ أي: عليه شريكُه، بأن يقول: لا تَبِعْ بالنسيئة.

وما ذكره في البيع هو في "الْمُدَوَّنَة"، والمشهور، وفي "الْمَوَّازِيَّة": لا يجوزُ لأحدهما البيعُ بالدين إلا بإذن صاحبه، رواه أصبغ عن ابن القاسم، وأما ما ذكره في الشراء فنحوه في "الْجَوَاهِر"، وفي كلاهما نظر؛ لأنه خلاف المنصوص في المذهب.

ففي "الْمُدَوَّنَة": أكره أن يُخْرِجَا مالا على أن يتَّجرا فيه وبالدين مفاوضة، فإن فعلا فما اشترى به كل واحد منهما فبينهما، وإن جاوز رأس ماليهما، والشراء بالدين راجعٌ إلى شَرِكَةِ الذِّمَمِ[1].

أصبغ: وإذا وقعت بالذمم فما اشترياه بينهما على ما عقدا، وتُفسخُ الشركةُ منَ الآن.

أبو الحسن: والفسخ دليل على أن المراد بالكراهة المنع.

بعض القرويين: والأشبه - على قول ابن القاسم - أن يكون لكل واحد منهما ما اشترى، وهكذا ذكر فضل أن سحنونا طرح قول ابن القاسم.

وقال: بل لكل واحد ما اشترى.

ووجه قول ابن القاسم أن المشترى بينهما - ما قاله حمديس أن ابن القاسم حمل ذلك على الوَكَالَةِ، وأين هذا كله من كلام ابن شاس والمصنف، نعم أجاز اللَّخْمِيُّ الشراء على أن يَنْقُدَ اليومين والثلاثة.

قال: وهو مما لا بد الناس منه.

قال: ولا يشتري بثمن مُؤَجَّلٍ؛ فإن فعل بغير إذن شريكه فالشريك بالخيار بين

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٦٨/١٣، وحاشية الصاوي: ٤٧٦/٧.

القبول والرد، فيكون الثمن على المشتري خاصة، وإن كان بإذن في سلعة معينة جاز ذلك، وإن لم يُعَيِّنْ لم يَجُزْ ذلك ابتداء، فإن فعل فما اشتراه مشترك بينهما على المستحسن من القولين في شركةِ الذِّمَمِ، وعلى هذا فيُحْمَلُ كلام المصنف على الشيء المُعَيَّنِ، لا غيره، وإلا تناقض كلامه؛ فإنه في غير المُعَيَّنِ شركة الذِّمَمِ، وسيذكر المصنف أنها ممنوعةٌ.

(ص): (**وَتَبَرُّعُهُ لا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَكُنِ اسْتِئْلافًا لِلتِّجَارَةِ**)

(ش): لأن التبرع خلاف ما عقدا عليه الشركة، فلذلك لا يلزم إلا ما دلَّت عليه أو عاد بنفع.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن أَخَّرَ أحدهما غَرِيمًا بدين أو وضع له منه - نظرًا، أو استئلافًا للتجارة ليشتريَ منه في المستقبل - جاز ذلك، وكذلك الوكيل على البيع إذا كان مُفَوَّضًا إليه.

وقيل: لا يجوز التأخير إرادة الاستئلاف؛ لأنه من السلف بزيادة.

اللَّخْمِيُّ: والأول أحسن[1].

وفي "الْمُدَوَّنَة": ليس لأحد المتفاوضين أن يُعِيرَ من مال الشركة إلا أن يُوسِّعَ له في ذلك شريكه، أو يكون شيئًا خفيفًا كعارِيَّةِ غلام ليسقيَ دابة ونحوه، وأرجو ألا يكون به بأس.

والعارِيَّةُ من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما أن يفعله إلا لإرادة الاستئلاف، ومما يجوز له - مما دلت عليه العادة لخفته - إعارة الماعون، وإعطاؤه الكسرة ونحوها.

(ص): (**وَيُطَالَبُ كُلُّ واحِدٍ بِتَوَابعِ مُعَامَلَةِ الآخَرِ**)

(ش): كما لو استُحِقَّتِ السلعة من يد المشتري.

(ص): (**وَيَرُدُّ بِعَيْبٍ وَغَيْرِه**)

(ش): قوله: (وَيَرُدُّ)؛ أي: وَيَردُّ أحد الشريكين الْمُشْتَرَى بعيب اطلع عليه، سواء اشتراه هو أو شريكه، أما ما اشتراه هو فواضح، وأما ما اشتراه شريكه فلأنه وكيلٌ عنه.

وقوله: (وغيره)؛ أي: من استحقاق جزء السلعة، والرد بسبب فساد البيع، وإمضاء بيع الخيار أو رَدِّهِ.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٥٨/٦، وشرح خليل، للخرشي: ٣٨٦/١٧.

(ص): (وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ ابْتَاعَهُ عَلَى الْعُهْدَةِ مِنْ شَرِيكِهِ؛ فَإِنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ انْتُظِرَ)

(ش): قوله: (وَيُرَدُّ عَلَيْهِ)، يعني: أن من اشترى سلعة من أحد المتفاوضين، ثم اطلع على عيب وأراد ردها؛ فإن كان البائع حاضرا فكلامه معه؛ لأن البائع أقعد بحال المبيع، وإن كان غائبا قريب الغيبة - قال في "الْمُدَوَّنَة": كاليوم ونحوه، انْتُظِرَ، وَتَرَكَ المصنفُ التصريح بالكلام على الحاضر؛ لأن ذلك يُؤْخَذُ مما ذكره؛ لأنه إذا انتظر قريبَ الغيبةِ ليقع الكلام معه - فالحاضِرُ أَوْلَى.

وإن كان بعيد الغيبة، قيل: كالعشرة أيام، رَدَّ على شريكه الحاضر إِذَا أَقَامَ المشتري بينة أنه اشتراه على بيع الإسلام وعهدته، وله أخذ الثمن إن قالت البينة: إنه نقد الثمن، وإنه كذا[1].

قيل: ويحتاج إذا أراد أخذ الثمن إلى إثبات أمور: بينة الشراء، ونقد الثمن، وأنه كذا، وإثبات العيب، وأنه غاب غيبة بعيدة أو بحيث لا يُعْلَمُ أَمَدُ التبايع؛ لاحتمال أن يكون قديمًا والعيبُ حادثٌ وبالعَكْسِ.

وَيُحَلَّفُ على ثلاثةِ أمورٍ: أنه اشترى شراء صحيحًا على عُهْدَةِ الإسلام، وأنه ما تَبَرَّأَ إليه منه، ولا أعلمه به، وأنه لما اطَّلَع عليه لم يرض بعد علمه.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإذا أقام المبتاع بينة أنه ابتاع على عهدة الإسلام - نظر في العيب؛ فإن كان قديما لا يحدث مثله رد العبد على الشريك الآخر، وإن كان يحدث مثله - فعلى المبتاع البينة أن العيب كان عند البائع، وإلا حلف الشريك بالله ما يعلم أن هذا العيب كان عنده.

ابْنُ يُونُسَ: يُرِيدُ كان ظاهرًا أو خَفِيًّا؛ لأنَّ غيره تَوَلَّى البيع كالوارث، ولو حَضَر البائع - حَلَفَ عَلَى البتِّ في الظاهر، وعلى العلم في الخفيّ على قول ابن القاسم. قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن نكل الشريك الذي لم يبع - حلف المبتاع على البت أنه ما حدث عنده، ثم يرده عليه.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": أن المبتاع إنما يحلف كما كان يحلف بائعه: في الظاهر على البَتِّ، وفي الخَفِيِّ على الْعِلْمِ[2].

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٨٥.

(٢) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٥٧.

اللَّخْمِيُّ: وإن لم تَقُمِ البينةُ للمشتري أنه ابتاع على عُهْدَةِ الإسلام - يعني: في العيب القديم - وكانت العادة البيع على البراءة - لم يُرَدَّ بهذا العيب، وإن اختلفت العادة - حلف أنه اشترى على العهدة، ورده إن كان العيب مشكوكًا في قدمه، وكان اشتراء البائع لذلك العبد وبيعه في غيبة الحاضر الآن، أو في حضوره وباعه في الحضرة قبل علم الآخر - لم يكن على الحاضر يمين، وإن كان اشتراه بحضرته وغاب عليه إذا كان هذا هو المتولي للشراء - أُحْلِفَ على ذلك العيب، فإن حَلَفَ ثم قَدِمَ الغائبُ حلف أيضًا؛ فإن نكل حلف المشتري وردَّ جميعه؛ لأنه لو كان حاضرا لحلَّفهما جميعًا، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر - حلف ورد جميعه؛ لأنه لو أقر أحدهما وأنكر الآخر - ردَّ جميعه بإقرار المُقِرِّ منهما، وإن نكل الحاضر حلف المشتري، ثم لا يكون للغائب في ذلك مقالٌ إلا أن يُثْبِتَ أنه كان بين ذلك للمشتري؛ فإن نكل المشتري عن اليمين - سقط مقاله في الرد الآن وبعد أن يَقْدَمُ الغائب؛ لأنه لو كان حاضرًا ونكلا عن اليمين ثم نكل المشتري بعد نكولهما - لم يَكُنْ له شيء. انتهى.

ابنُ يُونُسَ: ولو جاء الغائب فأقرَّ أنه كان عالمًا لانبغى أن يَرُدَّهُ، ويلزم ذلك الشريك الحالف، ولو أنكر الغائب لحلف[1].

فإن نكل فهل يرد عليه جميعها أو نصفها ليمين شريكه؟

ابنُ يُونُسَ: والذي ظهر لي أَنْ يَرُدَّ عليه جميعَها؛ لأن نكولَه كإقراره لأنه المعامل له، لا يَضُرُّه يمينُ الشريك الحاضر؛ لأنه إنما حلف على أنه لم يعلم أن به عيبًا، وهو لم يُعَامِلْهُ.

التونسي: انظر لو نكل الشريك الحاضر ولا علم عنده من العيب فحلف المبتاع وردَّها، ثم قدم البائع.

فقال: أنا أحلف وأنقض الرَّدَّ على شريكي، فيشبه أن يكون ذلك له؛ لأن صاحبه إنما توقَّفَ عن اليمين إذ لا حقيقة عنده، وقد يكون له ذلك في نصفه، وأما نصف النَّاكِلِ فقد نكل عن اليمين فيه، فهل يمضي الرَّدُّ فيه؛ لأن من وُكِّلَ على بيع عبد فاليمين في العيب إذا وُجِدَ على الْمُوَكِّلِ فِي الذمة، لا على الوكيل، ونصفه الذي يَخُصُّ صاحبه إنما باعه بالوكالة، وقد نكل عن اليمين، فانظر هذا.

(ص): (**فَلَوْ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الافْتِرَاقِ بِذَلِكَ لَزِمَ الْمُقِرَّ حِصَّتُهُ**)

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٣٨٥/١٧، وما بعدها.

(ش): هذا قول ابن القاسم.

ابْنُ يُونُسَ: ومراده إذا لم يحلف المشهود له.

قال: وقال سحنون: يلزمهما ما أَقَرَّ به أحدهما في أموالهما.

وظاهره أنه خلاف سحنون ولو مع الطُّولِ.

وفي "اللَّخْمِيِّ": إن أقر بعد طول الافتراق لم يُقْبَلْ. ويختلف إذا أقر بقرب ذلك وادَّعى أنه نسي، فقد اختُلِف في العامل في القراض يَدَّعِي بعد المقاسمة أنه أنفق من القراض، وَنَسِيَ المحاسبةَ بها، فقال في "الْمُدَوَّنَة": لا يُقْبَلُ قوله.

وقال في "الْمَوَّازِيَّة": يَحْلِفُ ويكون ذلك له، والشريك مثله.

وفهم من قوله: (بَعْدَ الافْتِرَاقِ) أنه لو أقر قبله قُبِلَ، وكذلك نصَّ عليه في "الْمُدَوَّنَة" بشرط أن يُقِرَّ لأجنبي لا يُتَّهَمُ عليه، وأما المتهم عليه فلا[1].

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن أقر بدين من شركتهما لأبويه أو ولده، أو جَدِّه، أو جدَّته، أو زوجته، أو صديقه، أو من يُتَّهَمُ عليه. لم يجز ذلك على شريكه، وخرَّجَ اللَّخْمِيّ قولا بصحة الإقرار لمن يُتَّهَمُ عليه من أحد القولين في إقرار من تبين فَلَسُه لمن يُتَّهَمُ عليه.

قال: والمفلسُ أَبْيَنُ في التهمة؛ لأنه يُنْزَعُ ماله ويبقى مفلسًا لا شيء له، فيُعْطِي مالَه لمثل هؤلاء ليُعِيدَه إليه فيعيش به، وليس للتفرقة بأن هذا يبقى في ذمته دينًا وَجْهٌ.

فَرْعٌ: واختُلِفَ إذا أقر أحدهما بعد موت الآخر، فجعله ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" شاهدًا، ولم يقبل قوله.

وقال: إذا قال الحي: رَهَنَّا متاعَ الشركةِ عند فلان، وقال الورثة: بل أودعتها أنت إياه بعد موت ولِيّنا، فهو شاهدٌ، وللمرتهِن أن يَحلف به ويَسْتَحِقَّ.

وقال سحنون: القول قول الشريك، ويلزم الورثة ما أَقَرَّ به.

اللَّخْمِيُّ: وهو أصوبُ، وليس الموتُ كالافتراق؛ لأن الافتراق يكون عن محاسبة ومفاصلة وقطع الدعاوَى، والموت أمر طرأ قبل ذلك.

(ص): **(وَلَوْ أَقَامَ الْحَيُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّ مائَةً مِنَ المَالِ كَانَتْ بِيَدِ الْمَيِّتِ فَلَمْ تُوجَدْ وَلا عُلِمَ مُسْقِطُهَا؛ فَإِنْ قَرُبَ مَوْتُهُ مِنْ قَبْضِهَا بِحَيْثُ لا يُظَنُّ بِه إِشْغَالُهَا فِي الْمَالِ فَهِي فِي حِصَّتِهِ، وَإِلا فَلا...)**

(ش): أي: الميت.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٧/٦٤.

وقوله: (وَإِلا فَلا)؛ أي: فلا يلزمه شيء؛ لأن الغالب أنه أدخله في مال التجارة، وهذه المسألة تَدُلُّ على أنَّ الغالبَ مُقَدَّمٌ على الأصل، وهي كالتي بعدها؛ أي: قوله:

(ص): (**وَلَوْ أَقَرَّ الشَّرِيكُ أَنَّ بِيَدِهِ مِائَةً مِنَ الْمَالِ فَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ طُولِ الْمُدَّةِ وَقِصَرِهَا، وَأَمَّا لَوْ شَهِدَ أَنَّه أَخَذَهَا لَمْ يَبْرَأْ إِلا بِالإِشْهَادِ أَنَّهُ رَدَّهَا...**)

(**ش**): قوله: (أَقَرَّ) ظاهره والآخر حي[1].

والذي في "الْمُدَوَّنَة": وإن مات أحد الشركاء، فأقام صاحبُه بَيِّنَةً أَنَّ مَائَةَ دِينار مِنَ الشركةِ كَانَتْ عِنْد الميتِ فلم توجد ولا عُلِمَ مُسْقِطُها؛ فإن كان موته قريبًا من أخذها فيما يُظَنُّ أنه لم يشغلها في تجارة، فهي في حصته، وما تطاول وقته لم يلزمه، أرأيت لو قالت البينة: قبضها منذ سنة. وهما يَتَّجِران أَيَلْزَمُه أو لا شيء عليه؟ انتهى.

وقوله: (أَمَّا... إلخ) هذا ذكره ابن المواز مقيدًا للمدونة، وحاصله أن كلامه في "الْمُدَوَّنَة" مقيدٌ بما إذا لم يشهدوا، وأما إذا أشهد على نفسه بأخذ المائة فلا يبرأ إلا بالإشهاد أنه ردَّها، طال ذلك أو قصر، والظاهر أن مراد محمدٍ بقوله: (أشهد) أن تكون البينة قُصِدَ بها التَّوَثُّقُ كما قالوا في البينة التي لا يُقْبَلُ دَعْوَى المودَع الرَّدَّ معها، وهو أن يأتي بشهود يُشهِدُهم على دَفْعِ الوديعة للمودع.

وأما لو دفع بحضرة قومٍ ولم يَقْصِدَ التَّوَثُّقَ بشهادتهم - فلا، ولأنه الذي يُفهم من قول محمد، وأما إن كان إقراره من غير قصد إشهاد - فكَما ذكر ابن القاسم.

فَرْعٌ: كتب شجرة إلى سحنون فيمن دفع عن أخيه - وهما مشتركان مفاوضة - صداق امرأته، ولم يذكر من ماله ولا من مال أخيه، فمات الدافع، فقام ورثته، فكتب إليه: إن دفع وهما متفاوضان، ثم أقام سنين كثيرة ولا يطلب أخاه، فهذا ضعيفٌ، وإن كان بحضرة ذلك، فذلك بينهما شطران، ويُحاسِبُ به[2].

(ص): (**وَالرِّبْحُ عَلَى الْمَالِ، وَالْعَمَلُ عَلَى نِسْبَتِهِ**)

(**ش**): يعني: يُشترط أن يكون الربح والعمل على نسبة المال، فإذا كان لأحدهما الثلث - كان له من الربح الثلث، ولا يجوز أن يُزَادَ أو يُنْقَصَ، وكذلك العمل.

(ص): (**وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى تَفَاضُلِ الرِّبْحِ أَوِ الْعَمَلِ فَسَدَتْ وَلَزِمَ التَّرَادُّ فِي الرِّبْحِ، وَفِي الْعَمَلِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ...**)

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٢/٣.

(٢) انظر: شرح ميارة: ١٩٧/٢.

(ش): قوله: (فَسَدَتْ)؛ أي: الشركة.

(وَلَزِمَ التَّرَادُّ)؛ أي: التراجع، فإذا دفع هذا ألفًا وهذا ألفين، ودخلا على أنَّ الربح والعمل متساويان، فإن اطُّلِعَ على ذلك قبل العمل فُسِخَ، وإلا رجع صاحب الأَلْفَيْنِ بِفَاضِلِ الرِّبْحِ فَيَأْخذُ ثُلُثِي الرِّبْحِ، ويرجع صاحبُ الألف على صاحبِ الألفين بفاضِلِ عمله، فيأخذ سُدُسَ أجرةِ المجموع، وهذا معنى، قوله: (نِصْفِ الزِّيَادَةِ)؛ لأن الذي يَزِيدُ به صاحبُ الثلثين الثلث.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقيل: لا أَجْرَ لِصَاحِبِ الثلث في الزيادة، واختار اللَّخْمِيُّ التفصيل: إن خسر فلا شيء له، وإن ربح فله الأقل من أجرة المثل وما ينوب ذلك من الربح[1].

(ص): (**وَأَمَّا لَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ**)

(ش): يعني: أنَّ زيادة أحدهما على الآخر في الربح أو العمل إنما تُفْسد إذا وقع اشتراط ذلك في عقدة الشركة، وأما لو تبرع أحدهما للآخر بعده فلا محذور؛ لأنه محضُ هبة لا تُردُّ لأجل الشركة.

خَلِيلُ: وانظر هذا مع قولهم: إنه إذا باعه بمالٍ ثم قال له: أخذت ذلك مني رخيصًا، فَزَادَه - أن الزيادةَ تُلْحَقُ بالثمن؛ أي: فيلزمه رَدُّها إذا رُدَّ عليه المبيعُ بعيبٍ، ولأن لنا مسائل يُعَدُّ فيها اللاحق للعقد كأنه واقعٌ فيه.

(ص): (**وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَفَهُ أَوْ وَهَبَهُ**)

(ش): أي: في منع ذلك إن وقع في العقد وجوازه إن وقع بعده، وانظر كيف عدَّى المصنف (وَهَبَ) بنفسه، والمستعمل في كلام العرب إنما هو تعديته باللام؛ كقوله تعالى: ﴿لِأَهَبَ لَكِ﴾ [مريم: ١٩]، وقوله: ﴿هَبْ لِي﴾ [آل عمران: ٣٨] إلى غير ذلك.

(ص): (**وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي التَّلَفَ وَالْخُسْرَانَ وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ**)

(ش): لأن يَدَ كُلِّ واحد منهما يد أمانة، فلذلك كان القول قوله في التلف والخسران.

قال في "الجَوَاهِر": ما لم يظهر كذبه. وإن اتهم استحلف، وإن قال: ابتعت منه سلعًة، وهلكت.

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٣/٨٥.

صُدِّقَ، وينبغي أن يُقيد قوله بعدم المُعارِضِ[1].

وقد نقل الباجي عن بعضِ أصحابِنا في العامل في القراض يَدَّعِي الخسارة ولم يُبَيِّنْ وجهها، أَنَّه يَضْمَنُ.

وقوله: (وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِه)، مأكولا وملبوسًا إذا كان يُشْبِه ذلك حاله فيما يأكله وَيَكْتَسِيه، وهذا إنما هو في الأكل والكسوة.

ابن القاسم: وذلك بخلاف شرائه لنفسه شيئًا من العُرُوضِ والرقيقِ، هذا له أن يدخل معه فيه.

قال في "الْجَوَاهِر": وإن قال: هذا المال من مال الشركة، وخلص لي بالقسمة.

فالقول قول شريكه؛ لأن الأصل عدم القسمة.

(ص): (**وَنَفقَتُهُمَا وَكِسْوَتُهُمَا بِالْمَعْرُوفِ مُلْغَاةٌ فِي بَلَدٍ كَانَا أَوْ فِي بَلَدَيْنِ، وَالسِّعْرُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ، وَقِيلَ: إِنَّمَا تُلْغَى فِي غَيْرِ أَوْطَانِهِمَا، كَانَا بِعِيَال أَوْ بِغَيْرِ عِيَالٍ**)

(ش): أي: نفقةُ الشريكين المتفاوضين.

والأول: هو مذهب "الْمُدَوَّنَة".

و(المعروف): ما لا سرف فيها.

وقوله: (كَانَا بِعَيَال أَوْ بِغَيْرِ عِيَالٍ) من تمامه لإتمام القول الثاني، ومعناه: أن النفقة إنما تُلغى إذا كان معًا بعيال أو كانا معًا بغيرِ عيالٍ، وهذا إنما هو في شركة المفاوضة، وبقي عليه شرطان:

الأول: أن تكون الشركة بينهما على النصف، وإن كان لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث - لم ينفق صاحب الثلث من المال إلا بقدر جزئه، ولم يجز أن يُنفق بقدر عياله فيحاسب بذلك في المستقبل؛ لأنه يأخذ من المال أكثر مما يأخذه صاحبه.

الثاني: أن تكون العيال متساوية أو متقاربة.

قاله ابن القاسم في رواية سليمان، واكتفى المصنف عن هذا الشرط اعتمادًا على ما يقوله بعد[2].

فإن كان لأحدهما عيال دون الآخر حسب كل واحد نفقته، فإنه لا فرق بينهما.

وقوله: (وَكِسْوَتُهُمَا)؛ لأنها تَبَعٌ للنفقة، ولهذا وقع في وصايا ابن شعبان فيمن

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٦٧.

(٢) انظر: حاشية الصاوي: ٧/٤٧٥.

أوصى لرجل بنفقته - أن له الكسوة.

وقوله: (وَالسِّعْرُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ)، نحوه في "الْمُدَوَّنَة"، ولعل الموجبَ لذلك العادةُ وصعوبةُ ضبطِ مقدارِ النَّفقةِ كلَّ يومٍ.

وقوله: (وَقِيلَ): نحوُه في "الْجَوَاهِر".

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ولا أَذْكُرُ قائلَه في المذهب، ووجهه إن ثبت القياسُ على نفقةِ العامل في القراض، ويَلْزَمُ على هذا ألا تَجِبَ لهم الكسوةُ إلا في المال الكثير كالقراض.

ابْنُ يُونُسَ: وينبغي إذا كان لكلٍّ واحدٍ عيالٌ واختلفت أسعار البلدين اختلافًا بَيِّنًا أن يَحْسُبَ النفقة؛ إذ نفقة العيال ليست من التجارة.

وقال اللَّخْمِيُّ: ظاهرُ المذهب أنه لا التفات إلى اختلاف السعرين، والقياس - إذا كان البلدان قرارًا لهما -: أن يحاسب من كان في البلد الغالي بما بَيْنَ السِّعْرَيْنِ، فإن لم يكن واحد منهما في قراره لم يُحاسَبْ بما بين السعرين، وإن كان أحدهما ببلده - وهو أغلى - حُوسِبَ، وإن كان الذي بغيرِ بلدِه أَغْلَى لم يحاسَبْ.

وَينبغي أَنْ يُقيد هذا بما إذا كان الشريكان متقاربين في النفقة والكسوةِ، وأما إن كان أحدُهما يَقْنَعُ بِالْحَرِشِ مِنَ الطعامِ والغليظِ مِن الثيابِ فَيَحْسُبُ كلُّ واحدٍ نفقته.

قاله: ابن عبد السلام.

(ص): (فَإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عِيَالٌ دُونَ الآخَرِ حَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ نَفَقَتَهُ)

(ش): تَصورُه ظاهرٌ.

(ص): (وَيَنْقَطِعُ التَّصَرُّفُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا)

(ش): لأن المالَ بعد الموت للورثة، وهذا ظاهرٌ إن علم الحيُّ بموت شريكه، وأما إن لم يُعْلَمْ فينبغي أن يَجْرِيَ ذلك على الخلاف إذا مات المُوَكِّل، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

(ص): (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ حُمِلَ عَلَى النِّصْفِ)

(ش): ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: هذا قولُ أشهب في "الْموازية" بشرط أن يحلف؛ لأنه الغالب ولأنهما تساويا في الحيازة واليمين[1].

وقال ابن القاسم في "الْموازية" أيضًا: إذا قال أحدهما: لك الثلث ولي الثلثان.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/٢٢٨.

وقال الآخر: المال بيننا نصفين، وليس المال بيد أحدهما، فَلِمُدَّعِي الثلثين النصف، ولمدعي النصف الثلث، ويُقْسَمُ السدسُ بينهما نصفين، وفي قول أشهب نظر؛ لأنَّ حلفَ مدعي الثلثين وَأَخْذَه النصفَ لا تَحْتَمِلَهُ الأصولُ.

(ص): (**وَفِي شَيْءٍ بِيَدِ أَحَدِهِمَا لِلشَّرِكَةِ**)

(ش): يعني: إذا تنازعا في شيء بِيَد أَحدِهما، هل هو من مال الشركة أم لا؟ فهو للشركة، وهذه مسألة "الْمُدَوَّنَة" لكنها مفروضةٌ فيها في قيام البينة بالمفاوضة لا في الإقرار؛ لكن الظاهر أنه لا فرق بين البينة والإقرار، ونص فيها على أن القول لِمُدَّعِي الدخول إلا أن تقوم البينة للآخر.

بعض القرويين: وكذلك يَجِبُ إذا أقام أحدهما البينة أن الآخر شريكه في جميع ما بأيديهما إلا ما قامت البينة أن ذلك لأحدهما كالمفاوضة، ولا فَرْقَ بين اسم الشركة والمفاوضة، إلا أن المفاوضة فيها إجازة بيع كلِّ واحدٍ منهما على صاحبه، ونحوه لسحنون، وظاهره أن الشهادة بِمُطْلَقِ الشركةِ مقتضيةٌ لذلك[1].

اللَّخْمِيُّ: إن أقام رَجُلٌ البينة على رَجُلٍ أنه شريكه لم يُقْضَ بالشركةِ في جميع أملاكهما؛ لأن ذلك يقع على بعض المال وعلى جميعه.

وفي "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ": مَنْ أَقَرَّ أَنَّه شريكُ فلان في القليل والكثير - كانا كالمتفاوضين في كلِّ ما بأيديهما من التجارة، ولا يدخل في ذلك مسكنٌ ولا خادمٌ ولا طعامٌ. فإن قال أحدهما: هذا المالُ الذي بيدي ليس من الشركة، وإنما أَصَبْتُه من ميراث، أو جائزةٍ، أو بضاعةٍ لِرَجُلٍ، أو وديعةٍ - صُدِّقَ مع يَمِينِه، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه من الشركة، وأنه كان في يديه يوم أقر بالشركة - كان بينهما؛ لأن العين من التجارة، ولو كان بيده متاع من متاع التجارة.

وقال: ليس هو منها ولم يزل في يدي قبل الشركة، كان بينهما ولم يُصَدَّقْ.

وقال: وإن قال: فلانٌ شريكي.

ولم يزد، ثم قال: إنما عَنَيْتُ في هذه الدارِ، أو الخادمِ، صُدِّقَ مَعَ يَمِينِه.

وإن قال في حانوت في يده: فلانٌ شريكي فيما فيه، ثم أدخل فيه عِدْلَيْنِ، وقال: ليس هما من الشركة[2].

---

(١) انظر: الكافي: ٢/٧٧٩.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٧.

وقال الآخر: قد كانا في الحانوت يوم إقراره، كان القول قوله: أنهما كانا فيه؛ إلا أن يقيم الآخر بينة.

وقال سحنون أيضًا وأشهب: لا يكون بينهما، ويُصَدَّقُ مَنْ قال أنه أدخله بعد الإقرار؛ لأن ما في الحانوت غير معلوم. انتهى.

واختلف إذا شهد الشهود بالمفاوضة: هل يُكتفى بذلك - وإليه ذهب ابن سهل - أو لا بد أن يقول الشهود: أقر عندنا بالمفاوضة، أو أشهد بها. وإليه ذهب ابن العطار، وابن دحون، وابن الشقاق؟ والأول أظهر إذا كان الشهود عالمين بما يشهدون به.

فَرْعٌ: وإن قالت البينة: نعلم أنه ورثه ولا نعلم هل قبل المفاوضة أو بعدها. فذلك له، ولا يدخل في المفاوضة؛ لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها، فلا ينتقل إلا بيقين.

(ص): (وَلَوِ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ جَارِيَةً لِنَفْسِهِ خُيِّرَ الآخَرُ فِي رَدِّها شَرِكَةً كَالْمُقَارِضِ لا كَالْمُودِعِ...)

(ش): أي: ولو اشترى أحد الشريكين من المال جارية لنفسه للوطء أو للخدمة.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وأشهد على ذلك.

ابْنُ يُونُسَ: يريد، ولم يطأها. خُيِّر شريكه بين أن يجيز له ذلك أو يَرُدَّها في الشركة.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وليس من فعل ذلك من المتفاوضين كغاصب الثمن أو مُتَعَدٍّ في وديعةٍ اشترى بها سلعًة، أو مقارضٍ، أو وكيلٍ تَعَدَّى، فَرَبُّ المالِ مُخَيَّرٌ فيما اشترى: إن شاء أخذه أو تركه؛ لأنَّ هؤلاء أُذِنَ لهم في تحريك المال، وَلِكُلِّ مُتَعَدٍّ سنة يُحْمَلُ عليها[1].

(ص): (وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ الشَّرِكَةِ فَلِلآخَرِ تَقْوِيمُهَا، أَوْ إِبْقَاؤُهَا، وَقِيلَ: تَتَعَيَّنُ مُقَاوَمَتُهُمَا لَهَا، وَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: تَتَعَيَّنُ إِنْ كَانَ فِي شَرِكَةِ مُفَاوَضَةٍ، أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِه تَعَيَّن التَّقْوِيمُ...)

(ش): لشراءِ الجارية ثلاثة أوجه:

الأول: أن يشتريها لنفسه، وهو الوجه المتقدم.

الثاني: أن يشتريها للوطء بإذن شريكه، فلا شك أن شريكه أسلفه نصف ثمنها،

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٥٧/٦، وشرح خليل، للخرشي: ٣٨٥/١٧.

وأن ربحها له وعليها نقصها.

الثالث: أن يشتريها للتجارة ثم يطأها، فإن وَطِئَها بإذن شريكه فكالأمة المحلَّلَة وإليه أشار بقوله آخرًا: (أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِه تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ)، وإن لم يأذن ولم تحمل، فذكر المصنف ثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر:

الأول: أن الشريك بالخيار إن شاء قوَّمها، وإن شاء أبقاها على الشركة، وهو قول غير ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"؛ لكن في نقله نظر؛ لأن مقتضى "الْمُدَوَّنَة" إنما هو التخيير في إبقاءها على الشركة أو إمضائها بالثمن لا بالقيمة.

والقول الثاني: أنهما يَتَقَاوَيَانِهَا خاصَّةً؛ أي: يتزايدان فيها إلى أن تَقِفَ على أحدهما، وهو ظاهر قول مالك في "الْمُدَوَّنَة".

ابن القاسم: مُتَمِّمًا له: وإن شاء الشريك نَقَدَها لشريكه الذي وطئها بالثمن الذي اشتراها به، فإن لم ينْقُدْهَا بالثمن الذي اشتراها به، وقال: لا أقاويها، ولكن أَرُدُّها في الشركة، لم يكن له ذلك، وعلى هذا يقيد كلام المصنف بما إذا لم يُرِدِ الشريك إمضاءها بالثمن، ويحتمل أن يريد بالقول الثاني ما نقله ابن يونس وغيره عن ابن المواز أن المقاواة إنما تكون بين الشريكين في هذه الأمة إذا أراد المقاواة قبل الوطء، فأما إذا وَطِئَ أحدهما فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه، وأما إن حملت فلا بُدَّ من القيمة في يُسْرٍ شَاءَ شريكه أو أبى، ولم أقف على القول الثالث[1].

واختار اللَّخْمِيّ التفرقة بين أن يكون الشريك فعل ذلك جهلا معتقدا للجواز - فيجوز بقاؤها على الشركة وتحت أيديهما، وبين أن يكون وطْؤُه لها وهو عالم بتحريم فعله - فلا يجوز إبقاؤها على الشركة إلا أن تكون بيد الشريك الآخر، بشرط أن يكون مأمونًا، واحتج بما قاله ابن القاسم في (كتاب المدنيين) فيمن وطئ أخته من الرضاع بملك اليمين:

أنها تُبَاع عليه إن كان عالمًا، وإن ظن جواز ذلك ولم يُتَّهم على العودة لم تُبَع، وتعقب التونسيُّ قول ابن الموَّازِ المتقدِّمَ: (إنما تكون المقاواة في هذه الأمة... إلخ)، فقال: وقوله: (إنما تكون المقاواة قبل الوطء)، صوابٌ.

وقوله: (إذا وطئ فقد لزمه القيمة إن شاء شريكه)، إن كان مراده أن الشريك قد أذن له في الوطء - فتجب القيمة من غير توقف على مشيئة الشريك الآخر، كالأمة

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٨/٨، ومواهب الجليل: ٦٤/٧.

المحللة، وإن كان بغير إذنه فهو مُتَعَدٍّ إن شاء صاحبه أمضاها وإن شاء قاواه فيها.

واعلم أن الأمَةَ المشتراة للتجارة ثم يطؤها على ضربين:

أحدهما: أن يشتريها للتجارة من غير قصد وطء، ثم يطؤها.

والثاني: أن يشتريها ليطأها على أن الخسارة والربح فيها على المال، وهذه الثانية هي التي ذكر فيها في "الْمُدَوَّنَة" الخلاف، وأما الأولى فيخيَّر شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما إن لم تحمل، هكذا قاله جماعةٌ من علمائنا رضي الله عنهم.

وفي قوله: (أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِهِ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ)، الإتيان بجواب أما من غير فاء، وهو لا يكون إلا نادرًا، كقوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَمَّا بَعْدُ: مَا بَالُ [رِجَالٍ](1)"(2)، وقد كثر هذا في كلام المصنف فَتَتَبَّعْهُ.

(ص): (فَلَوْ حَمَلَتْ قُوِّمَتْ)

(ش): يعني: أن ما تقدم إنما هو إذا وُطِئَتْ ولم تحمل، وأما إن حملت فإنها تُقَوَّمُ، وهذا صحيح إن كان الشراء للوطء بإذن الشريك، أو اشتريت للتجارة خاصة ووطئها أحدهما بإذن الآخر، وأما إن وطئها بغير إذن فيُفَصَّلُ فيها - على ما عُلِمَ من المشهور - بين أن يكون الواطئ مليئًا أو معدمًا.

(ص): (وَلَوِ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ مُؤْنَةً أَوْ كِسْوَة مُعْتَادَة لِنَفْسِهِ فَهِي لَهُ إِذْ عَلَى ذَلِكَ دَخَلا بِخِلافِ نَفِيسِهِمَا...)

(ش): يعني: لو اشترى أحد المتفاوضين من المال مؤنة أو كسوة له أو لعياله مما يليق به، وهو مراده بقوله: (مُعْتَادَة)، فذلك له، ولا كلام لشريكه فيه؛ لأن كلا منهما دخل على ذلك.

قال في "الْمُدَوَّنَة" بعد أن ذكر كسوة العيال: تلغى؛ إلا كسوة لا يبتذلها العيال كَوَشْيٍ ونحوه، فهذا لا يُلْغَى.

ابن المواز: ولا يلزم ذلك إلا من اشتراه.

وقال سحنون: تكون الثياب بينهما.

ابْنُ يُونُس: يريد إن شاء ذلك شريكه لرجاء فضل الثياب أو غير ذلك.

قوله: (نَفِيسِهِمَا)؛ أي: أجودهما.

---

(١) في الرواية من الصحيحين: (أقوام).

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٤٥٦).

(ص): (وَشَرْطُ شَرِكَةِ الْعَمَلِ الاتِّحَادُ فِيهِ وَفِي الْمَكَانِ)

(ش): لما انقضى كلامه على شركة الأموال أتبعه بشركة الأبدان، ولا خلاف عندنا في جوازها.

ولجوازها شروط:

أولها: أن يتحد العمل، فلا يجوز أن يشترك مختلفا الصنعة كصباغ ونجَّار؛ لما في ذلك من الغرر، إذ قد تنفق صنعة أحدهما دون الآخر، فيأخذ من لم تنفق صنعته من غير عمل.

أبو عبد الله الذكي: ولو كان المعلمان أحدهما قارئ، والآخر حاسب، واشتركا على أن يَقْتَسِمَا على قَدْرِ عَمَلَيْهِمَا، فيجري ذلك مجرى جَمْعِ الرَّجُلَيْنِ سِلْعَتَيْهِمَا في البيعِ، وعلى هذا تَجُوزُ الشركة بين مَختلفي الصنعةِ إذا كانت الصنعتان متلازمتين، ونصَّ اللخميُّ على الجوازِ فيما إذا تَشَارَكا وأحدُهما يَحِيكُ والآخَرُ يَخْدِمُ وَيَتَولَّى ما سوى النَّسْجِ إذا تقاربت قيمة ذلك[1].

قال: وليس ذلك كالصنعتين المختلفتين؛ لأنهما هنا إِمَّا أَن يَعْمَلا جميعًا أو يعطلا جميعًا، ولم يَكُنْ هذا غَرَرًا. وعلى مثل هذا أُجِيزَتِ الشركة في طلب اللؤلؤ:

أحدهما: يطلب الغوص، والآخر يقذف أو يُمسك عليه إذا كانت الأجرة سواء.

ثانيها: أن يَتَّحِدَ المكانُ، والعلة فيه كالأولى؛ لأنه يحتمل أن ينفق أحد المكانين دون الآخر، وأجاز في "العتبية" كونهما في مكانين إذا اتَّحَدَتِ الصنعة.

عياض: وتأوله شيوخنا على أنهما يتعاونان في الموضعين، وأنَّ نفاق صنعتهما في الموضعين سواءٌ، وعلى هذا فيكون الخلاف وفاقًا لـ " لِلْمُدَوَّنَةِ"، إذ ليس المقصود الجلوس في موضع إلا لتقارب استوائهما. وحمل اللَّخْمِيّ "العتبية" على الخلاف، وهذان الشرطان هما اللذان ذكرهما المصنف.

والثالث: أن يَتَساوَيَا في الصنعة أو يتقاربا، وإلا فلا تَجُوزُ الشركةُ إلا على قَدْرِ التقارب، كما لو كان أحدهما يعمل قَدْرِ الآخر مرتين، ويكون بينهما على الثلثين والثلث.

اللَّخْمِيُّ: ولو تباينا في الجودة والرداءة وكان أكثر ما يصنعانه الأدنى - جازت شركتهما؛ لأن صاحب الأعلى يعمل الأدنى، ولا حكم للقليل، وإن كان الأكثر هو

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٢/٣، وشرح ميارة: ١٩٧/٢.

الأعلى أو كان كلُّ واحد كثيرًا - لم يَجُزْ؛ لأنه غَرَرٌ وَتَفَاضُلٌ.

الشرط الرابع: أن يكون في اشتراكهما تعاونٌ؛ ففي "العتبية" سُئِلَ عن: صيادِينَ معهم شباك، فقال بعضهم لبعض: تعالوا نشترك فما أصبنا فهو بيننا. فضرب أحدهم شبكة فأخرج صيدًا وأبى أن يعطي الآخرين، فقال: ذلك له، وليس لهما فيما أصاب شيء؛ لأنها شركة لا تحل.

قال في "البَيَان": لأن شركة الأبدان لا تجوز إلا فيما يحتاج الاشتراك فيه إلى التعاون؛ لأنهم متى اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة - مِنَ الغَرَرِ البَيِّنِ.

الخامس: أن تكون قسمتهما على قَدْرِ عملِهما[1].

(ص): (**فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَجْرَةُ، وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا**)

(ش): يعني: أنَّ ما قدمه إنما هو في الصنعة التي لا آلة لها، أو لها آلة ولكن لا قَدْرَ لها كالخياطة، وأما إذا كانت تحتاج إلى آلةٍ كـ: الصباغة، والنجارة، والصيد بالجوارح، فَيُزاد اشتراط أن يشتركا في الآلة بالملك أو الإجارة من غيرهما، وهل يجوزُ أَنْ يُؤَاجِرَ أحدهما نصف الآلة من صاحبه؟ عياض وغيره: وهو ظاهر الكتاب.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو المشهور، وعليه اقتصر المصنف، وهو معنى قوله: (فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأَجْرَةُ) ولابن القاسم وغيره الْمَنْعُ إلا بالتساوي في الْمِلْكِ والكراء من غيرهما.

واختُلِف إذا أخرج كل واحد منهما آلة مساوية لآلة الآخر، هل يُكْتَفى بذلك وهو قول سحنون، أو لا بد أن يشتركا في الآلة ليضمناها؛ لكن إن وقع مضى، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة"؟ واختُلِفَ في تأويلها على ذلك.

وقوله: (وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا)، قال في "الْمُدَوَّنَة": كَقَصْرِيَّةٍ وَمِدَقَّةٍ يَتَطَوَّعُ بها أحد القصَّارين على الآخر، والأداة هي الآلة، وهي الواسطة بين الفاعل والمنفعل.

(ص): (**وَلا تَصِحُّ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ، وَفُسِّرَتْ بِأَنْ يَبِيعَ الْوَجِيهُ مَالَ الْخَامِلِ بِبَعْضِ رِبْحِهِ، وَقِيلَ: هِيَ شَرِكَةُ الذِّمَمِ - يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيعَانِ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ مَال، وَكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ، وَتُفْسَخُ...**)

(ش): يعني: أَن شركةَ الْوُجُوهِ اتُّفِقَ على منعها، واختُلِف في تفسيرها، والتفسير الأول: نسبه في "الْجَواهِر " لبعض العلماء.

---

(١) انظر: منح الجليل: ١٣/٨٥، وحاشية الدسوقي: ١٣/٤٦٧.

والثاني: لعبد الوهاب، وفسدت في التفسير الأول لما في ذلك من الإجارة المجهولة والتدليس على الغير؛ وذلك لأنَّ كثيرًا من الناس يرغب في الشراء من أملياء السوق لاعتقادهم أن الأملياء إنما يتَّجِرُون في جيد السلع، وأن فقراءهم على العكس، فإذا دفع الفقير سلعته للوجيه بجزء من الربح - كان إجارة بشيء مجهول، وأما التدليس فهو إيهامُ المشتري(١).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقد كره جماعة من أهل المذهب خَلْطَ البلديّ من السلع بالمجلوب، وإن كانت صفتهما واحدة، وكذلك منع أهل المذهب أيضًا خلط سلعة من غير التركة بها، ومنعوا أن يُخْرِجَ التاجر من أهل السوق سلعة من حانوته فيبيعها على أنها ليست من سلع تجار السوق.

وفسدت في التفسير الثاني؛ لأن ذلك من باب: تَحَمَّلْ عَنِّي وَأَتَحَمَّلُ عنك، وَأَسْلِفْني وأُسْلِفُكَ، فيكون من (باب الضمان) بِجُعْل، والسَّلَف بزيادةٍ.

وقوله: (يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيعَانِ) يُشْتَرَطُ ألا يكون ذلك في مُعَيَّنٍ، وأما الاشتراكُ في سلعةٍ معينةٍ فهو جائزٌ كما تَقَدَّمَ.

وقولُه: (وَكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ، وَتُفْسَخُ) ظاهر، وهو كالتأكيد لقوله: (وَلا تَصِحُّ).

(ص): (وَمَا اشْتَرَيَاه فَبَيْنَهُمَا عَلَى الأَشْهَرِ)

(ش): يعني: وما اشترياه أو أحدهما في شركة الذمم، فهو بينهما على الأشهر، يُرِيدُ: قبل أن يُعْثَرَ عَلَى ذَلِكَ، وقيل: بل مَنِ اشْتَرَى شيئًا فهو له(٢).

والأشهر لابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وبه قال أصبغ وغيره، ومقابله لسحنون، والأشْهَرُ أَظْهَرُ؛ لأن كُلا منهما وكيلٌ عن صاحبِهِ، لكن بِعَوَضٍ فَاسدٍ، وفسادُ العوضِ في الوكالةِ لا يُوجِبُ للوكيلِ ملكَ ما اشتراه باتفاق.

وقاله اللَّخْمِيّ.

(ص): (وَأَمَّا اشْتَرِ هَذِهِ السِّلْعَةَ لِي وَلَكَ فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ وَإِنْ حَصَلَتِ الشَّرِكَةُ كَمَا لَوِ اشْتَرَى مِنْهُ جُزْءَهَا أَوْ وَرِثَاهَا...)

(ش): قوله: (فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ)؛ أي: فلا يكونُ له البيع إلا بإذنه، كما لو اشترى منه جزء سلعةٍ أو ورثها عن أَبٍ أو غيرِه، وهو ظاهرٌ(٣).

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٤٧٥/٧، والتاج والإكليل: ٢٢٨/٩.

(٢) انظر: الكافي: ٧٧٩/٢، والذخيرة: ١٧/٨.

(٣) انظر: حاشية العدوي: ١٥٧/٦، وشرح خليل، للخرشي: ٣٨٥/١٧، وما بعدها.

وانظر كيف أولى المصنف (أَمَّا) فِعْلا، وإنما يليها اسمٌ أو حرفٌ، ولعله على إضمار اسم، تقديره: (وَأَمَّا قَوْلُه: اشْتَرِ).

فَرْعٌ: فلو قال: اشتر لي ولك بشرط أن تَنْقُدَ عَنِّي؛ لكانت شركة مستلزمة للسلف، لكن لمالك في "الموطأ" - في الرَّجُلِ يقول لآخر: اشترِ هذه السلعةَ بيني وبينك، وانْقُدْ عَنِّي وأنا أبيعها لك -: إن ذلك لا يَصِحُّ حين قال: انْقُدْ عَنِّي وأنا أبيعها لك. وإنما ذلك سلفٌ يُسْلِفُه إياه على أن يبيعها له، وظاهره أنه لولا قوله: أبيعها لك، لجازت المسألة؛ لأنه معروفٌ صنعه أحدهما مع صاحبه من غير عوض، وهو سلفُه له الثمن مع تولِّي الشراء عنه، وإنما دخل الفسادُ لمقابَلَةِ البيعِ بِالسَّلَفِ.

وَإذا وقعت مسألة مثل هذه، فقال الباجي: تكونُ السلعة بينهما، ليس له بيع حظ الْمُسْلِفِ من السلعة؛ إلا أن يستأجره بعد ذلك استئجارًا صحيحًا وعليه ما أَسْلَفَه نقدًا، وإن كان قد باع فله جَعْلُ مِثْلِهِ في نصيبِ المُسْلِفِ، ولو ظُهِرَ عليه قبل النقد لأمسك المُسْلِفُ ولم ينقد، وهما في السلعة شريكان يَبيعُ كلُّ واحد منهما نصيبه إن شاء أو يستأجرُ عليه إن كان السَّلَفُ من جانبِ مُتَوَلِّي الشراء، وأما إذا كان السَّلَفُ من جانبِ مَن لم يتولَّهُ.

فقال ابن عبد الحكم: اختَلَفَ قولَ مالكٍ في الذي يُسْلِفُ رجلا سَلَفًا ليُشَارِكَه وذلك منه على وجه الرِّفْقِ والمعروف.

قال ابنُ القاسم: فأجازه مالكٌ مَرَّةً وكرهة مرَّةً، واختار ابن القاسم جوازه.

وإن كان سلَّفَه لبصيرته في التجارة وتشاركا على ذلك لم يجز؛ لأنه سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا[1].

قال في "البَيَان": ولا خلافَ في الجوازِ إذا صحَّت النيةُ في ذلك، ولا في عَدَمِهِ إِذَا قَصَد منفعةَ نفسِه، وَإنما الخلافُ إذا لم يَقْصِدْ.

(ص): **(وَكَمَا لَوِ اشْتَرَى سِلْعَةً فِي سُوقِهَا لِلْبَيْعِ لا لِلْقِنْيَةِ وَلا لِسَفرٍ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا حَاضِرٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ لَهُ إِنْ شَاءَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا لَهُ خَاصَّةً...)**

(ش): هذه المسألة تُلقَّب بشركة الجَبْر، واتفق مالكٌ وأصحابُه على القول بها، وَقَضَى بها عمرُ رضي الله عنه.

وقوله: (سِلْعَةً) ظاهره سواء كانت طعامًا أو غيره، وهو قول ابن القاسم وغيره،

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٨/٨، وما بعدها، ومواهب الجليل: ٦٤/٧، وما بعدها.

ورأى أشهبُ أن ذلك في الطعامِ فقط.

وظاهر قوله: (فِي سُوقِهَا)، أنه لو اشتراها في الأزِقَّةِ لا يكون الحكم كذلك، وهو قولُ أصبغ وغيره.

وقال ابن حبيب: لا فرق بين السوق والزقاق.

وقال في "البَيَان": وأما ما ابتاعه الرجل في داره أو حانوته فلا شركة لأحدٍ معه فيه ممن حَضَر الشراء باتفاق.

وقولُه: (لِلْبَيْعِ) أي: ليبيعَها أو ليَتَّجِرَ فيها في البلد نفسه، وأما لو اشتراها للقنيةِ أو ليسافر بها إلى غير البلد، فلا شركة لغيره معه فيها، وإذا زعم أنه لم يشتر للتجارة صُدِّقَ مع يمينه، إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك.

وقوله: (وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا) هي جملةٌ في موضع الحال، وظاهر كلامه إنما يكون ذلك لتجار تلك السلعة، وهو قول أصبغ وابن حبيب.

وقال ابن الْمَاجِشُون: ذلك لجميع التجار.

وقوله: (فَإِنَّهُ يُجْبَرُ)؛ أي: فإن المشتري يُجْبَرُ لغيره على الشركة إن شاء الغير ذلك، إلا أن يُبين الآخذ أنه إنما أخذها له فقط.

فلو قال التجار لمتولي الشراء: أشركنا في هذا.

فقال: نعم، أو سَكَتَ - فَيُقْضَى لهم عليه إنْ طلبوا بعد ذلك الدخول عليه، وامتنع، ويُقْضَى له هو عليهم إن طلب منهم الدخول معه لظهور الخسارة، وإن قالوا له - وهو يسوم -: أشركنا واشتر علينا. فسكت وذهبوا، فاشترى بعد ذهابهم ثم سألوه - لم يلزمه ويحلف: ما اشترى عليهم. فلو طلبهم هو لَزِمَهُم بسؤالهم، وإن زعم فيما اشتراه أنه لم يشتره للتجارة فهو مُصَدَّقٌ في ذلك مع يمينه؛ إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك.

(ص): (وَالْمُشْتَرِكُ مِمَّا لا يَنْقَسِمُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَعَمِّرَ أَوْ يَبِيعَ وَإِلا بَاعَ الحَاكِمُ بِقَدرِ مَا يُعَمِّرُ)

(ش): يعني: إن كان بين شريكين من الرَّبْع ما لا يُحْكَمُ بِقِسْمَتِه، واحتاج ذلك الرَّبْعُ إلى إصلاح وشبهه، فيُلْزَمُ من أبي العمارة أن يُعَمِّرَ أو يبيع لمن يُعَمِّرُ، فإن فعل وإلا باع الحاكم عليه بقدر ما يُعَمِّر[1].

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٢/٣، وشرح ميارة: ١٩٧/٢، وما بعدها.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وظاهر إطلاقاتهم: أن للقاضي بيع جميع نصيب الآبي مع شريكه، يترجح هذا بأن فيه تقليل الشركاء؛ إذ يلزم مما قاله المصنف كثرة الضرر لكثرة الشركاء؛ لأنه إذا بيع بعض نصيب الآبي من ثالث صاروا ثلاثة شركاء بعد أن كانوا اثنين إلا أن يقال: فإنه إنما أُبيح البيعُ للضرر الحاصل، وذلك يرتفع بقدر الحاجة.

قوله: (والْمُنْقَسِمُ)، هو قسيمُ قوله: (مِمَّا لا يَنْقَسِمُ)، أي: وإن كان مما يقبل القسمة قُسِم، وهو ظاهرٌ.

(ص): **(وَيُجْبَرُ الْعُلْوُ السُّفْلَ عَلَى الْبِنَاءِ أَوِ الْبَيْعِ)**

(ش): يعني: وَيُجْبِرُ صاحب العلو صاحب السفل أن يبني سُفْلَه أو يبيعه لمن يبنيه إذا خاف صاحبُ العُلوِ على علوِه السقوطَ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقوله: (أَوِ الْبَيْعِ) يحتمل أن تكون (أل) للتعريف؛ أي: لتعريف الحقيقة، ويكون المعنى كما ذكرنا أنه ظاهر إطلاقاتهم في المسألة السابقة، وكذلك ظاهر إطلاقاتهم هنا.

ويحتمل أن تكون للعهد؛ أعني: البيعَ السابق في كلامه.

ابن القاسم: وَيُخَيَّرُ صاحبُ السُّفْلِ بين أن يَبْنِيَ أو يَبيعَه مِمَّن يَبْنِيَ.

وقال سحنون: إنما يجوز البيع على هذا للضرورة إذا كان البائع لا مال له، ولو كان له مالٌ لم يجز البيع بشرط البناء. يُريد: وَيُجْبَرُ على أن يبني.

ابن العطار: يُجْبَرُ صاحب السفل على البناء إلا أن يختار صاحب العلو أن يبنيه من ماله، ويُمْنَعُ صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيه ما أنفق[(١)].

(ص): **(وَيُعَلِّقُ السُّفْلُ الْعُلْوَ)**

(ش): يعني: إذا وَهَى الأسفل واحتاج العلو إلى تعليق فهو على صاحب السفل؛ لأن التعليق كالبناء، وبناء الأسفل على صاحبه، فكذلك ما يتنزل منزلته؛ لكونه قد وجب عليه حمله، وهذا هو المعروف وهو مذهب الرسالة.

وحكى اللخميُّ قولا أنه على صاحب العلو، واستحسنه.

(ص): **(وَالسَّقْفُ عَلَيْهِ وَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ لَوْ تَنَازَعَاهُ)**

(ش): يعني: والسقف على صاحب السُّفل، ولذلك لو تنازعاه حكم له به، وحُكِيَ الإجماع عليه، واستأنس لذلك بقوله تعالى: ﴿لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا﴾ [الزخرف:٣٣]، فأضاف

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٥/١٣، وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٤٦٧/١٣.

السقف إلى البيت، والبيت لصاحب السفل، فالسقف له.

أشهب: وكذلك الباب على صاحب السفل.

فَرْعٌ: وأمّا إنْ كان سبب الانهدام وهاء العلو فإن كان صاحب السفلِ حاضرًا عالمًا ولـم يتكلَّم على ذلك - لـم يضمن، واختلف إذا كان صاحب السفل غائبًا، وكان وهاءُ العلو مما يُخْشَى سُقُوطُه، فهل يضمن، أو لا يضمن لأنه لم يُتَقَدَّمْ إليه؟

اللَّخْمِيُّ: والأول أحسن، وإن تُقُدِّمَ إليه ولـم يفعل - ضَمِنَ بالاتفاق، وكذلك إذا كان سبب الانهدام وهاء السفل، وصاحب العلو حاضر، ولـم يتَقَدَّم إليه، أو كان غائبًا.

(ص): **(وَتَعْلِيقُ الأعْلَى عَلَى الأوْسَطِ)**

(ش): لأن الأعلى مع الأوسَطِ كالعلو مع السفل.

(ص): **(وَالسُّلَّم عَلَى الأعْلَى مِنَ الأوْسَطِ، وَيُخَرَّجُ عَلَيْهِ عَلَى الأوْسَطِ، مِنَ السُّفْلِ، وَقِيلَ: كَالسَّقْفِ...)**

(ش): السُّلَّمُ: الأدراج التي يصعد بها صاحب العلو إلى علوه، وكان على الأعلى من الأوسط؛ لأن السلم إنما ينتفع به صاحب الأعلى، وهذا القول لابن القاسم في "مختصر ابن عبد الحكم"، وخُرِّجَ عليه على الأوْسَطِ من السُّفْلِ، وهو تخريج صحيح.

وقوله: (وَقِيلَ: كَالسَّقْفِ)؛ أي: فيكون السُّلَّمُ للأوسط على صاحب السُّفْلِ وللأعلى على صاحب الأوسط بمنزلة السقف، وهذا القول حكاه ابن أبي زيد، عن بعض القرويين.

(ص): **(وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُلْوِ أَنْ يَزِيدَ)**

(ش): أشهب: إلا الشيء الخفيفَ الذي لا يَضُرُّ، وكذلك أيضًا إذا انْكَسرتْ خَشبةٌ من العُلو، فليس له أن يعمل خشبة أثقل من الأولى ثِقلا يَضُرُّ بالجدار.

(ص): **(وَكَنْسُ مِرْحَاضِ السُّفْلِ، قِيلَ: عَلَى السُّفْلِ، وَقِيلَ: عَلَى الْجَمِيعِ عَلَى عَدَد الجَمَاجِمِ...)**

(ش): والأول لابن القاسم وأشهب، ووجهه أنها لصاحب السفل، وإنما لصاحب العلو الارتفاق بها كالسقف.

والقول الثاني لابن وهب وأصبغ، وهو أظهر.

ابن أبي زيد: وأخذ بعض من ولي الحكم من متأخري أصحابنا بقول ابن وهب إذا كانت البئرُ محفورة في الفناءِ، وبالأول إذا كانت البئرُ محفورة في رَقَبَةِ الدَّارِ.

قال: ويجري القول في المرحاض بين الدارين على القول في العلو والسفل فيمن

له رقبةُ البئرِ أو ليست له على الاختلاف في ذلك.

(ص): (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الرَّحَى الْمُشْتَرَكَةُ فَأَقَامَهَا أَحَدُهُم إِذَا أَبَى البَاقُونَ فَعَنِ ابْنِ القَاسِمِ: الْغَلَّةُ كُلُّهَا لِمُقِيمِهَا وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ نَصِيبِهِمْ خَرَابًا، وَعَنْهُ أَيْضًا، يَكُونُ شَرِيكًا فِي الْغَلَّةِ بِمَا زَادَ بِعِمَارَتِهِ، فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا عَشَرَةً وَبَعْدَ الْعِمَارَةِ خَمْسَةَ عَشَر فَلَهُ ثُلُثُ الْغَلَّةِ بِعِمَارَتِهِ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ ثُمَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ دَفَعَ مَا يَنُوبُهُ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ يَوْمَ دَفَعَهُ، وَقِيلَ: الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ، وَيَسْتَوْفِي مِنْهَا مَا أَنْفَقَ...)

(ش): الباء في قوله: (بِعِمَارَتِهِ) للسببية، والقول الثالث يروى عن ابن القاسم أيضًا، وهو قولُ ابنِ الْمَاجِشُون، وبالقول الثاني قال ابنُ دينار.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: والثالثُ أقوى الأقوال عندي.

والثاني: ضعيفٌ للشراء بغير اختيارهم، أو ينفرد بأكثر الغلة عنهم، وهو أقوى من الأول الذي حجر عنهم ملكهم، ولم يَجْعَلْ لهم فيه إلا أجرة الخراب.

فإن قيل: والثالث أيضًا ضعيف؛ لأن مُتَوَلِّي النفقةِ أخرج من يده ما أنفق دفعة واحدَة وَيَأْخُذُه مُقَطَّعًا مِنَ الْغَلَّةِ[1].

قيل: هو الذي أدخل نفسه في ذلك اختيارًا، ولو شاء لرفعهم إلى القاضي فحكم عليهم بما قاله عيسى بن دينار عن مالك: إما أن يبيعوا، أو يُصْلِحُوا، أو يَبيعوا ممن يُصْلِحُ.

(ص): (وَلِكُلٍّ الْمَنْعُ فِي الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ)

(ش): يعني: لكل واحد من الشريكين مَنْعُ شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر الشَّركات.

(ص): (وَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَى الْقِسْمَةَ قَوْلانِ)

(ش): الجبر لابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة" بشرطِ عدم الضرر في ذلك، قيل له: فَإِنْ كل لكُلِّ واحدٍ جذوعٌ.

قال: إذا كان جذوع هذا من هنا، وهذا من هنا لم يُستطع قسمته، ولكن يتقاوياه بمنزلة ما لا ينقسم من العروض والحيوان.

والقول بعدم الجبر نسبه اللَّخْمِيّ لأشهب.

قال ابن القاسم: لأن قسمته ضرر على من أبى، وليس منه شيء إلا وله فيه مِرْفَقٌ

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٤٧٥/٧، والتاج والإكليل: ٢٢٨/٩، وما بعدها.

يضع فيه خشبه، ويضرب فيه وَتَدَه، ويربط فيه دابته. انتهى.

ونسبه غيره لمطرف وابن الْمَاجِشُون، قالا: لا يُقْسَمُ إلا عن تراض، مُجَرَّدًا كان أو حاملا.

واستشكل اللَّخْمِيّ قول ابن القاسم إذا كان لكلٍّ منهما عليه جذوعٌ لا تُمْكِنُ قسمته.

قال: لأن الحمل عليه لا يمنع القسم كما لا يمنع قسمة العلو والسفل، وحَمْلَ العلو على السفل، ورأى أن يُقْسم طائفتين على أنَّ مَن صارت إليه طائفةٌ كانت له، وللآخر عليه الحمل.

وقد أجاز ابن القاسم المقاواة، وإنما تصح المقاواة على أن من صار إليه الحائط كان ملكه له وللآخر عليه الحمل، وإذا جازت المقاواة على هذه الصورة والصفة - كانت القسمة أولى[1].

ابن العطار: اختُلِف في صفةِ قسمتِه، فعند ابن القاسم: يَمُدُّ الحَبْلَ بينهما فيه طولا لا ارتفاعًا من أوله إلى آخره، ويرسم موقف نصف الحبل، ويُقْرِعُ بينهما، ويكون لكل منهما الجانب الذي تقع عليه قرعته.

وقال عيسى بن دينار: يُقْسَمُ بينهما عَرْضًا فيأخذ كلٌّ منهما نصفه مما يَلِيه.

(ص): (**وَإِذَا انْهَدَمَ فَفِي جَبْرٍ مَنْ أَبَى عِمَارَتَهُ، قَوْلانِ**)

(**ش**): حكى ابنُ الجلاب القولين روايتين. فقال: وَإِذَا انْهَدَمَ الحائطُ الْمُشْتَرَكُ، وكان شركةً بين اثنينِ، فَأَرَادَ أَحدُهما بناءَه وَأَبَى الآخَرُ، ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يُجْبَرُ الذي أبى على بنائِه مع شريكه.

والأخرى: أنه لا يُجبر عليه، ولكن يَقْتَسِمانِ عَرْصَةَ الحائطِ ونقضه، ثم يَبْني مَن شاء منهما لنفسه.

(ص): (**فَلَوْ هَدَمَهُ أَحَدُهُمَا ضَرَرًا رَدَّهُ كَمَا كَانَ، وَلإِصْلاح قَوْلانِ**)

(**ش**): حاصله أنه إن هدمه أحدهما ضررًا لزمته إعادته كما كان اتفاقًا، واختُلِفَ إذا كان على غير وجه الضرر، وهو معنى قوله: (وَلإِصْلاح قَوْلانِ)، ومقتضى كلامه أنه في الجدار المشترك، وهو ظاهر كلامه في "الْجَوَاهِر"، ولم ينقل ابن يونس هذا إلا فيما إذا كان الحائط لأحدهما.

---

(١) انظر: الكافي: ٢/٧٧٩، والذخيرة: ٨/١٧، وما بعدها.

فإنه قال في "الْعُتْبِيَّة": وإن كان لأحدهما فهدمه ربه أو انهدم من غير فعله - وهو قادر على رده - فتركه ضررًا، أجبر على رده، وإن كان ضعف عن إعادته عُذِرَ، وقيل للآخر: اُسْتُرْ عَلَى نَفْسِكَ إِنْ شِئْتَ.

ابن القاسم: وإن انهدم بأمر الله تعالى لم يجبر على إعادته، وكذلك لو هدمه هو لوجه منفعة، ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه، فإنه لا يُجْبَرُ على رده، ولو هدمه لضرر جُبِرَ عَلَى رَدِّه.

وقال ابن سحنون، عن أبيه: لا يُجْبَرُ ربُّه على بنائه إذا انهدمَ في قول ابن القاسم.

ابْنُ يُونُسَ: وإذا كان لأحدهما فطلب هدمه لم يكن له ذلك إلا أن يعلم أنه لم يُرِدْ به الضرر.

فَإِنْ خِيفَ سقوطُه فهدمه - لم يُجْبَر عَلَى رَدِّه؛ فإن انهدم بغير فعله لم يُجْبَر على بنائِه.

ابن حبيب: قال مُطَرِّف، وابْنُ الْمَاجِشُون: وليس لِرَبِّهِ هَدْمُه، وإن فعل لزمه إعادته؛ لأنه مُضِرٌّ.

ولو قال: أنا محتاجٌ إلى هدمه. نُظِرَ في ذلك، فَإِن تَبَيَّنَ صدقُه تُرِكَ لِيُصْلِحَ عَلَى نَفْسِه وأُمر بإعادته للسترة التي قد لزمته.

وقال أصبغ: له أن يهدمَه لمنفعةٍ أو لغير منفعة، ويفعل ما أحبَّ، ولا أقول به.

(ص): **(وَعَلَى الْجَارِ أَنْ يَأْذَنَ فِي الدُّخُولِ لإِصْلاحِ حَائِطٍ وَشِبْهِهِ)**

(ش): إنما كان ذلك عليه ارتكابًا لأخَفِّ الضَّرَرَيْنِ.

بعض أصحابنا: وليس لصاحب هذا الجدار أن يُطَيِّنَه من دارِ جَارِه؛ لأن ذلك يزيد في غلظ الجدار، وَعَدَّ بعضُ العلماءِ مِنْ غَيرِ أَهلِ المذهب هذا من بابِ الوَرَعِ.

سحنون: وَإِن وَقَعَ ثوبٌ لكَ فِي دَارِ جَارِكَ فعليه، أن يَأْذَنَ لك في الدخول لتأخذه أو يخرجَ لك به.

(ص): **(وَيُنْدَبُ إِلَى إِعَارَةِ الْجِدَارِ)**

(ش): لما في الصحيحين والموطأ: "لا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ"[1]، قال: ثم يقول أبو هريرة: "مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٤٦٣) ومسلم، برقم (١٦١٠).
قال ابن بطال: محمول على الندب وحسن المجاورة لا على الوجوب.

أَكْتَافِكُمْ " بالتاء، والنون روايتان، وكذلك رُوِيَ: خشبة بالإفراد، وخَشَبَهُ بالجمع.

والمشهور ما ذكره المصنف أن ذلك مندوبٌ، ولا يُقْضَى عليه إن امتنع.

وقال ابْنُ كِنَانَةَ: هو واجب، ويُقْضَى عليه إن امتنع، لظاهر الحديث.

قال في الاستذكار: وإنما حُمِلَ على الندب؛ لقوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا بِرِضَى نَفْسِهِ"[1]، وهل لجار المسجد أن يغرز خشبه في جدار المسجد؟

للشيوخ فيه قولان.

(ص): (**فَإِنْ أَعَارَ لَمْ يَرْجِعْ مُطْلَقًا، وَقِيلَ: إلا أَنْ يَعْرِضَ مُحْوِجٌ غَيْرُ الضَّرَرِ**)

(ش): قوله: (مُطْلَقًا)؛ أي: طال الزمن أو قصر، عاش أو مات، باع أو وُرِثَ، احتاج على جدار أو لا، وهو قول مُطَرِّف وابن الْمَاجِشُون - ورويا عن مالك - قالا: إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه، فليس للمعار له أن يعيده إلا بعارية مبتدأة.

وقوله: (وَقِيلَ): هو لابن القاسم ومالكٍ: إذا أذن له فليس له أن يرجع إلا لحاجة تَنْزِلُ به، له - بها - عذرٌ ولم يُرِدِ الضرر لما ماج بينه وبينه، فليس له ذلك.

وقال أصبغ: إذا مَضَى من الزمن ما يُعَارُ مثله إلى مثل ذلك الزمان - فله مَنْعُه.

وحَصَّلَ ابن زرقون في هذه المسألة ومسألة عارية العرصة للبناء والغرس سِتَّة أقوال:

هذه الثلاثة، والرابع نسبه لـ " لِلْمُدَوَّنَةِ": له أن يرجع وإن لم يحتج من قوله في عارية الْعَرْصَةِ:

ويدفع له ما أنفق أو قيمته قائمًا أو منقوضًا على الاختلاف فيه.

والخامس: لأشهب وابن نافع: الفرق بين ما تكلف فيه نفقة - فلا يرجع، وبين ما لا يُتكلف فيه نفقة - فيرجع.

والسادس لسحنون: الفرق بين غرز الخشبة في الجدار - فلا يرجع، وبين الإذن في العَرْصَةِ - فيرجع.

سحنون: لأنَّ من أهل العلم من يرى القضاء بغرز الخشبة وإن لم يأذن صاحب الجدار، فكيف إذا أذن؟

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٢٠١٧٢) والدارقطني، برقم (٢٨٦٢) والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠٠/٦.

الباجي: وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن أم لا؟

الظاهر من قول مُطَرِّف وابن الْمَاجِشُون أنه إن أذن فلا رجوع له.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهذا معنى ما حكاه المؤلف، وهو الذي نقله غير واحد.

(ص): **(وَمِثْلُهُ فَتْحُ بَابٍ أَوْ إِرْفَاقٌ بِمَاء)**

(ش): هذا معطوفٌ على الجدار؛ أي: يُندب إلى إعارة الجدار، ويُنْدَبُ إلى مثل فتح باب أو إرفاق بماء، وهو ظاهر.

وفي بعض النسخ: (مثل) بإسقاط حرف العطف، فيكون شبَّه لإفادة الحكم، والأول أحسن.

(ص): **(وَإِذَا تَنَازَعَا جِدَارًا - فَصَاحِبُ الْيَدِ: صَاحِبُ الْوَجْهِ، وَالْقُمُطِ، وَالطَّاقَاتِ، وَالْجُذُوعِ)**

(ش): يعني: إذا ادَّعى كل من الجارين الجدار - فصاحب اليد منهما من كان إليه وجه الجدار والطاقات؛ أي: غير النافِذَة، وَمَعاقِدُ القُمُطِ؛ أي: الخشب التي بين البنيان، أو كان له عليه جذوع دون صاحبه، فإن لم يكن لأحدهما شيء من ذلك كان أو لهما جميعا - فهو لهما؛ لأنه بأيديهما، وكذلك راكب الدابة مع المتعلق بلجامها، الراكب أولى، وهذا إنما هو مع عدم البينة، وأما مع قيامها فيجب الاعتماد عليها لا على هذه الوجوه.

ابن القاسم: وإن كان عقدُ الجدار إليهما فهو بينهما؛ أي: بعد أيمانهما، وكذلك إن كان منقطعًا عنهما، أو كانت لكل منهما كُوًى، وإن كان لأحدهما عشرُ خشاب، وللآخر سبع - فهو على حاله، وليس لأحدهما أن يزيد.

سحنون: وإن كان لأحدهما خشبة وللآخر عشر - فهو بينهما نصفين، وقال غيره: هو لصاحب العشرة إلا موضع الواحدة.

وقالوا: إن كان لأحدهما خمس، وللآخر أربع - فهو بينهما نصفين.

أشهب: وإن كان عقده لأحدهما - وللآخر عليه جذوع - قضي به لذي العقد، ولصاحب الجذوع بموضعها.

سحنون: ولو كان عقده لأحدهما من ثلاثة مواضع، ومن ناحية الآخر من موضع - قُسِمَ بينهم على عدد العقود.

قال صاحب " الْمُعِينِ": وإن كان لأحدهما عليه ربطٌ فهو له، ولا يُلتفت مع ذلك إلى وجهِ الحائطِ ولا لخشب الآخر.

(ص): **(وَتَجْلِسُ البَاعَةُ فِي الأَفْنِيَةِ لِلْبَيْعِ الْخَفِيفِ، وَقَضَى بِهَا عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لأَرْبَابِ الدُّورِ، يُرِيدُ بِالانْتِفَاعِ إلا أَنْ تُحَازَ...)**

(ش): أصبغ: إنما يُباحُ الانتفاع بالأفنية ما لم يُضَيِّقُوا الطريق، أو تُمنع المارَّةُ أو يَضُرَّ بالمسلمين.

والضمير في (بها) عَائِدٌ على الأَفْنِيَةِ، وفَسَّرَ ابنُ حبيب ما روي عن عمر رضي الله عنه بنحو ما ذكره المصنف، وقاله من أرضى من أهل العلم، ويُبَيِّنُ لك ما أشار إليه المصنف - من حمل كلام عمر على الأمر الخفيف - ما روي أيضًا عن عمر أنه مَرَّ بكير حَدَّادٍ في السوق فأمر بهدمه.

وقال: يُضَيِّقُونَ على الناس. فدل على أنه إنما أباح الانتفاع اليسير.

(ص): **(فَلَوْ حَازَ هُدِمَ مَا يَضُرُّ، وَفِيمَا لا يَضُرُّ، قَوْلانِ)**

(ش): لا خلاف في هَدْمِ ما يضر بالناس، والمشهور هدم ما لا يضر أيضًا.

ابْنُ رَاشِدٍ: وقال أصبغ: لا يهدم، ولكن يكون جُرْحَةً في حقه إن كان اقتطاعه ذلك بمعرفة.

وفي "الْمَجْمُوعَةِ": قال ربيعة: من بنى مسجدًا في طائفة من دارِهِ فلا يَزِيدُ فيه من الطريق.

وقال مالك: إن كان لا يَضُرُّ بالناس فلا بأس. انظر إن كان هو على المشهور أو الشاذِّ.

(ص): **(وَالرَّوْشَنُ وَشِبْهُهُ، والسَّابَاطُ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ جَائِزٌ بِغَيْرِ إِذْنٍ)**

(ش): (الرَّوْشَنُ): هو الجناح يخرجه الرجل على حائطه، والساباط أن يكون له حائطان مُكتنفان بالطريق فيمُدُّ خشبا عليهما لينتفع بذلك.

ابْنُ شَعْبَانَ: يُشترط في عدم منعه أن يرفع ذلك عن رؤوس الركبان رَفْعًا بَيِّنًا.

فُرُوعٌ:

الأول: قال في "الْمُدَوَّنَة": ومن رفع بنيانا رفعًا بَيِّنًا فجاوز به بنيان جاره ليُشْرِفَ عليه لم يُمْنَعْ من رفع بُنيانِه، ومُنِعَ مِنَ الضرر، ومن رفع بنيانًا فسدَّ على جاره كُواه وأظلم عليه أبواب غُرَفِه وكُوَاها، ومنعه الشمس أن تقع في حجرته لم يُمْنَع.

ابْنُ كِنَانَةَ: إلا أن يرفع البنيان ليَضُرَّ بالجار دون منفعة له فيُمْنَعُ، وروى ابن دينار عن ابن نافع أنه يمنع من ضرر مَنْعِ الريحِ، والضوءِ، والشمسِ.

الثاني: اختُلف في الأَنْدَرِ إذا أراد من له دار ملاصقة له أن يبنيَ فيها ما يمنع الأندر

من الريح أو نحوه.

فقال ابن القاسم وابن نافع: يُمنع.

ابن نافع: وإن احتاج إلى البنيان.

وقال مُطَرِّف، وابن الْمَاجِشُون: لا يمنع.

الثالث: اختلف فيمن اتخذ كُوًى وأبوابًا يُشْرِفُ منها على دار جاره، فقال مالك وابن القاسم: يُمْنَع.

ورواه ابن وهب، وزاد: ولا يُكَلَّفُ أن يعلي بنيانه حتى لا يراه.

وفي "المبسوط " عن ابن مسلمة: لا يُمنع، ورواه ابن المُعَذَّلِ عن ابن الْمَاجِشُون.

قال: ويقال له: أُسْتُرْ عَلَى نَفْسِكَ إِنْ شِئْتَ. والأول هو المعروف، ولهذا قال فيمن بنى مسجدًا وجعل له سَطْحًا يطَّلِعُ منها على دارِ رَجُلٍ: يُجْبَرُ بانيه على أَنْ يَسْتُرَ على سطح المسجدِ، ويُمْنَعُ الناس من الصلاة فيه حتى يَتِمَّ السِّتْرُ. واختلف فيمن بنى غرفه وفتح فيها أبوابًا أو كُوًى يطَّلِعُ منها على قاعة غيره - وأراد صاحب القاعة منعَه. وقال: هذا يضر بي إذا بنيت قاعتي دارًا - على ثلاثة أقوال: قال مُطَرِّفٌ: يمنعه قَبْلَ بناء القاعةِ أو بعده. وقال ابن الْمَاجِشُون: لا يُمْنَعُ مطلقًا.

وقال ابن القاسم: يمنعه بعد أن يبني القاعة، ولا يمنعه قبله.

الرابع: من فتح بابًا على دار غيره، فلما قام عليه أراد أن يسُدَّه من خلفه.

فقال سحنون: ليس له ذلك، وليَسُدَّ الباب مخافة أن يشهد قوم أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة.

وقال ابن الْمَاجِشُون: لا يلزمه سَدُّه، وله أن يجعل أمامه ما يستره.

الخامس: من باع دارًا، وقد أحدث جاره بها مطلعًا أو مجرى ماء أو غير ذلك من الضرر.

فقال مُطَرِّفٌ وابن الْمَاجِشُون: إن كان البائع لم يقم في ذلك حتى باعها فلا قيام للمشتري، ولو كان قد قام يُخَاصِمُ فلم يتمّ له الحكم حتى باع - فللمشتري أن يقوم ويحل محله.

وفي "أحكام ابن بطال": معناه: أن الحكم قُضِيَ بِه وَأُعْذِرَ، وَتَعَيَّنَ التسجيل والإشهاد، ولو بقي شيء من المدافع والحجج - لم يجز؛ لأنه بيعُ ما فيه الخصومة، وهو أصلٌ مختلفٌ فيه.

السادس: قال مُطَرِّفٌ: وإن كان لرجلٍ شجرٌ إلى جنب جدار آخر فيَضُرُّ به؛ فإن

كانت أقدم من الجدار - وكانت على حال ما هي عليه اليوم من انبساطها - لم تُقطع، وإن حدثت لها أغصان بعد أن بُني الجدار وأضر ذلك بالجدار، فليُقطع منها ما أضر بالجدار مما حدث.

وقال ابن الْمَاجِشُون: يُترك ما حدث وانتشر من الأغصان، وإن أضر ذلك بالجدار؛ لأنه قد عُلِم أن هذا شأن الشجر، فقد حاز الثاني من حريمها قبل بناء الجدار، وقال أصبغ بقول مُطَرِّفٍ، وابن حبيب، وعيسى بن دينار.

صاحب " البَيَان": وهو أظهر. ابن يونس، وقالوا أجمعون: إن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يُقطع منها ما آذى الجدار من قليل وكثير. انتهى.

ولا يُقطع منها شيء إن ادَّعى الجار أنه يُتَطرَّق عليه منها، ولا حجة له أيضًا فيمن يطلع ليجنيها، وإن كان إذا طَلَعَ أشرف على دار جاره.

مُطَرِّفٌ، وابْنُ الْمَاجِشُون، وغيرهما: وليؤذن جاره. وأما لو رفُعِت الصومعة حتى صارت تكشف على من حولها، ففي سماع أشهب: لَمْ أَرَ أن يُمنعوا مِنْ رَفْعِها.

ابْنُ رُشْدٍ: ولا يُدخَلُ في طاعةٍ بمعصيةٍ.

السابع: سأل حبيبٌ سحنونًا عن خَرِبَةٍ لرَجُلٍ فِيهَا زِبْلٌ لا يدري من يلقيه فيها، فقام جار الخربة على ربها؛ لأن ذلك يضر به.

وقال صاحبها: ليس ذلك من جنايتي وأنا لا أسكن ذلك، وثبت أن ذلك يَضُرُّ بحائط جاره، وقال: أرى على صاحبِ الخربةِ نزعَ الزبلَ الذي أضر بجاره.

سحنون: في موضع آخر من (كتاب ابنه) في الزبلِ يجتمع في خربةٍ لقوم أو في فناء يضر بالناس: أن على جيران الموضع كَنْسُه. يُريدُ الأقربَ فالأقرب على الاجتهاد.

أَبُو مُحَمَّد: لأن الغالبَ أنهم يُلقونه فيها.

قال يحيى بن عمر في تراب لقوم في موضع فنقله السيل من موضعه إلى زُقاق لقوم فسد علهيم مخرج بابهم.

قال: يُقال لصاحب التراب: خذ ترابك. وإن أبى قيل للذين سُدَّ عليهم: اطرحوه إن شئتم. ولا يُجْبَرُ صاحب التراب على نقله إن أبى.

(ص): (**وَالطَّرِيقُ الْمُنْسَدَّةُ الأسْفَلِ كَالْمِلْكِ لأصْحَابِ دُورِهَا فَبِالإِذْنِ**)[1]

(**ش**): يعني: أن ما قدَّمه في مسألة الرَّوْشَنِ، والسَّاباط إنما هو في السكة النافذة،

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٣٩٦.

وأما غير النافذة، وهو مراده بقوله: (الْمُنْسَدَّةُ الأسْفَلِ)، فلا يجوزُ لأحد سكانها أن يُحْدِثَ فيها رَوْشنًا أو غيره إلا بإذن الجميع.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقال: كالملك لأرباب دورها، ولم يقل: مِلْكًا إشارة إلى أنها ليست مملوكة لهم مِلْكًا تامًا؛ إذ لو كانت مملوكة لهم مِلكًا تامًا لكان لهم أن يَحْجُرُوها على الناس بغلق، وظاهر كلام بعضهم أنه ليس لهم ذلك، وبه حكم بعض قضاة بلدنا وَهُدَّ على من فعله.

فَرْعٌ: هل يُحدث بابًا في السكة إن كانت غير نافذة أم لا؟

في ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: أن ذلك لا يجوز إلا بإذن جميع أهل الزقاق، وإليه ذهب ابنُ زَرْبٍ قياسًا على مسألة "الْمُدَوَّنَة" في الدارين تكون إحداهما في جوف الأخرى، وبه جرى العمل بقُرْطُبَةَ.

الثاني: أن له ذلك فيما لم يُقابل باب جاره، ولا قطع عنه مُرْتَفَقًا، وهو قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وقول ابن وهب في "الْعُتْبِيَّة".

الثالث: أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سُدَّ الباب الأول، وليس له أن يفتح بابًا لم يكن قبل بحال، وهو دليل قول أشهب في "الْعُتْبِيَّة".

ابْنُ رُشْدٍ: ويتحصل في فتح الرجل بابًا أو حانوتًا في مقابلة جاره في السكة النافذة ثلاثة أقوال:

الأول: له ذلك جملة، وهو قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة"، وقاله أشهب في "الْعُتْبِيَّة".

والثاني: ليس له ذلك جملة إلا أن يُنكِّبَ، وهو قول سحنون.

والثالث: له ذلك إذا كانت السكة واسعة، وهو قول ابن وهب في "الْعُتْبِيَّة"، والسكة الواسعة سبعة أذرع فأكثر؛ لما في "الْمَجْمُوعَةِ " أنه صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "إِذَا اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي طُرُقِهِمْ فَحَدُّهَا سَبْعَةُ أَذْرُعٍ"[1].

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٣٥٦) هَذَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ وَكِيعٍ قَالَ: وَفِي الْبَاب، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ أَبُو عِيسَى: حَدِيثُ بُشَيْرِ بْنِ كَعْبٍ الْعَدَوِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَرَوَى بَعْضُهُمْ هَذَا عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ بَشِيرِ بْنِ نَهِيكٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَهُوَ غَيْرُ مَحْفُوظٍ.

وأبو داود، بسند حسن، برقم (٣٦٣٣) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

كِتَابُ الْوَكَالَةِ

(ص): (الْوَكَالَةُ[1]: نِيَابَةٌ فِيمَا لا تَتَعَيَّنُ فِيهِ الْمُبَاشَرَةُ شَرْعًا)[2]

(ش): (الوكالة) لغة: الحفظ، وفيه: ﴿وَكَفَى بِاللهِ وَكِيلا﴾ [النساء: ٨١]، أو الكفالة والضمان.

قال تعالى: ﴿أَلا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلا﴾ [الإسراء: ٢].

قيل: حافظًا.

وقيل: كفيلا، قاله عياض.

الْجَوْهَرِيُّ: والاسم الوكالة. ورسمها المصنف اصطلاحًا: بأنها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة. ويكون قريبًا من قول صاحب " التلقين": كل عقد جازت فيه النيابة جازت فيه الوكالة. وأجمعت الأمة على جواز الوكالة من حيث الجملة.

(ص): (فَتَجُوزُ فِي الْوَكَالَةِ، وَالكَفَالَةِ، وَالْحَوَالَةِ، وَالْجَعَالَةِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلاقِ، وَالْخُلْعِ، وَالصُّلْحِ...)

(ش): عطف بالفاء لترتبه على ما قبله؛ إذ لا تتعين المباشرة في جميع الأشياء، يوكل من يوكل أن يعمل، وأن يوكل من يأخذ له كفيلا، وأن يوكل من يحيل غريمه على مديانه.

---

(١) الوكالة، بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكله، أي فوض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوضت غليه، واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضا على الحفظ، وهو: اسم مصدر بمعنى التوكيل.
ومنه الوكيل في أسمائه تعالى بمعنى الحافظ، ولهذا قالوا: إذا قال: وكلتك بمالي، أنه يملك الحفظ فيكون فعيلا بمعنى فاعل.
وقيل التركيب يدل على معنى الاعتماد والتفويض، ومنه التوكيل يقال: على الله توكلنا أي: فوضنا أمورنا إليه، فالتوكيل تفويض التصرف إلى الغير.
وسمي الوكيل وكيلا، لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره، أي: فوضه إليه؛ اعتمادا عليه.
والوكيل: القائم بما فوض إليه، فيكون فعيلا بمعنى مفعول؛ لأنهه موكول إليه الأمر.
انظر: المصباح المنير: ٦٧٠/٢، والصحاح: ١٨٤٥/٥، والمغرب: ٣٦٨/٢، والمطلع: ص ٢٥٨، وتهذيب الأسماء واللغات: ١٩٥/٢.
وأما اصطلاحا: فقالت المالكية: نيابة في حق غير مشروطة بموته، ولا إمارة. انظر: شرح خليل، للخرشي: ٤٨/١٨.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٩٧/١.

والجعالة: أن يوكل من يجاعل على عبده الابن جعلا، وهو ظاهر.

(ص): (**وَفِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ، وَفِي الْحَجِّ خِلافٌ تَقَدَّمَ**)

(ش): أي: في الحج، ولا خلاف ما ذكره في العبادات المالية.

(ص): (**وَلا تَجُوزُ فِي مِثْلِ يَمِينٍ وَظِهَارٍ**)

(ش): لم تجز في اليمين؛ لأنها لا تقبل النيابة؛ لأن اليمين من الأعمال البدنية ودخل في اليمين الإيلاء واللعان، وكذلك لا تجوز في الوضوء والصلاة. وإلى أن الأيمان من الأعمال البدنية أشار بقوله: (مِثْلِ يَمِينٍ).

وقوله: (وَظِهَار)؛ لأن الظهار يمين، ولأنه منكر من القول وزور، فلا تجوز الوكالة فيه كسائر المعاصي، وما لا يجوز للآمر فعله.

وكذلك نص عليه المازري في التعليقة وصاحب " الْجَواهِر"، وكذلك قرره ابن رشد، وابن عبد السلام. والأقرب عندي أن الظهار كالطلاق؛ لأنه إذا قال الوكيل لزوجة موكله: أنت عليه كظهر أمه، فهو كقوله لامرأة موكله: أنت طالق[1].

(ص): (**وَيَجُوزُ فِي الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ**)

(ش): وتجوز الوكالة بالإقرار عنه، أو على أن يناكر عليه بما ادعى خصمه واليمين على الموكل بلا خلاف، ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إلا بما قيده موكله عنه، وأما إن أطلق له الوكالة، فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه.

وروي عن مالك لزوم ما أقر به، وعلى الأول، فقال ابن العطار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم: إن من حق الخصم ألا يخاصم الوكيل حتى يجعل له الإقرار.

قال في "البَيَان": ونزلت عندنا وقضى فيها بأنه لا يلزمه ما أقر به الوكيل.

قال في "الكافي": وبه جرى العمل عندنا.

وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره.

قال في "الكافي": وهذا في غير المفوض.

قال: واتفق العلماء فيمن قال: ما أقر به على فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه. واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكليه: أقر عني لفلان بألف، هل يكون ذلك إقرارًا لفلان بالألف؟ واختار المازري أنه إقرار، واستشهد بما لأصبغ في "العتبية"

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٥٨/٦.

فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء أن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل. قال: ولو شهد أنه جعله في الإقرار عنه كنفسه؛ فإن إقرار الوكيل يلزمه.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وليس فيه كبير شاهد.

ابْنُ رَاشِدٍ: قال فقهاء طليطلة: من وكل رجلا على طلب حقوقه والمخاصمة عنه والإقرار والإنكار فأقر الوكيل أن موكله وبه داره لزيد، أو قال: لفلان على موكلي مائة دينار أن ذلك لازم لموكله[1].

وأنكر ذلك ابن عتاب وغيره، وقالا: إنما يلزمه فيما كان من معنى المخاصمة التي وكله عليها أبو الأصبغ. وهذا هو الصحيح عندي وهو في شفعة "الْمُدَوَّنَة".

قال ابن القاسم: من وكل رجلا على قبض شفعته فأقر أن موكله سلمها فهو شاهد يحلف المشتري معه وتبطل الشفعة إلا أن يكون الشفيع المشهود عليه غائبًا فيتهم موكله على الانتفاع بالمال وله بال فلا تبطل.

(ص): (**وَالْمُعْتَبَرُ الصِّيغَةُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا**)

(ش): المعتبر في صحة الوكالة، مثل: وكلتك، وأنت وكيلي، أو ما يقوم مقامها من قول أو فعل، كقوله: تصرف في هذا، وكإشارة الأخرس ونحوه.

(ص): (**فَإِنْ تَرَاخَى الْقَبُولُ فَقَوْلانِ؛ تَخْرِيجًا عَلَى قَوْلِهِ لِلْمَرْأَةِ: اخْتَارِي**)

(ش): لما ذكر الصيغة أشار إلى أنه لا بد من القبول، ثم إن وقع على الفور فلا خلاف في الصحة، وإن تراخى بزمان طويل.

فقال الْمَازِرِيُّ: يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لامرأته: اختاري، أو أمرك بيدك، فقامت من المجلس ولم تختر.

قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد، هل المراد الجواب بدارًا فإن تأخر سقط حكم الخطاب، أوالمراد استدعاء الجواب معجلا أو مؤجلا؟

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقد يفرق بين الوكالة والتخيير بأن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل؛ لأن الموكل إن رأى مصلحة أبقاه وإلا عزله، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازمًا له؛ فلذلك يقيد خيارها بالقرب، وسقط بطول المجلس على أحد القولين.

خَلِيلٌ: وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض، وأما التي بعوض

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٣٨٦/١٧.

للزومها، وعلى هذا فلعل المازري لما رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض لم يلتفت إلى الفرق المذكور، والله أعلم.

(ص): (**الْمُوَكَّلُ فِيهِ شَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِالنَّصِّ أَوِ الْقَرِينَةِ أَوِ الْعَادَةِ**)

(ش): لما كان للوكالة حالتان، تفويض وخصوص، كان الوكيل المخصوص إذا تصرف في غير ما أذن له فيه يكون متعديًا لزم من أجل ذلك أن يبين الشيء الموكل فيه بالنص عليه أو بقرينة تدل على أنه أراد شيئًا بعينه أو بعادة، كما إذا وكله على زواج امرأة؛ فإن العادة أنه إنما وكله على زواج من هي من نسائه.

(ص): (**فَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ لَمْ يُفِدْ حَتَّى يُقَيِّدَ بِالتَّفْوِيضِ أَوْ بِأَمْرٍ**)

(ش): عطفه بالفاء لترتبه على ما قبله؛ أي: ولاشتراطنا أن يكون الموكل معلومًا، لو قال الموكل: وكلتك، لم يفد لعدم حصول الشرط[1].

فإن قيل: لم أبطلتم الوكالة المطلقة وصححتم الوصية المطلقة وجعلتم الوصي يتصرف في كل شيء؟

قيل: يتيم، لما كان محتاجًا أن يتصرف له في كل شيء ولم يوص عليه والده غير من أطلق الوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر للموصى، بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولا بد له من أمر يستبد به في العادة احتاج إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بأمر مخصوص.

(ص): (**فَلَوْ قَالَ: بِمَا لِي مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ مَضَى فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ إِذَا كَان نَظَرًا؛ إلا أَنْ يَقُولَ: نَظَرًا أَوْ غَيْرَ نَظَرٍ...**)

(ش): لما ذكر أن الوكالة لا تفيد حتى يقيد بالتفويض، أو بأمر مخصوص على أن الوكالة قسمان أخذ يتكلم على كل منهما وبدأ بالتفويض.

وقوله: (فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ) نحوه لابن رشد، وصاحب " الْجَوَاهِر " بشرط أن يكون نظرًا؛ لأنه معزول عن غيره بالعادة، إلا أن يصرح له بذلك، فيقول: نظرًا أو غير نظر.

خَلِيلُ: وفيه نظر؛ إذ لا يأذن الشرع في السفه، وينبغي أن يضمن الوكيل، إذ لا يحل لهما، والله أعلم.

ابْنُ رَاشِدٍ: وذكر غير المصنف، وابن شاس، وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٢٩.

السكنى، وبيع العبد، وزواج البكر، وطلاق الزوجة؛ إذ العرف قاض بألا تتزوج تحت عموم التفويض، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقد جرى العمل عندنا في هذه الجهات في كل شيء مع وجود القيد الذي ذكره المصنف أنه يتصرف في كل شيء إلا في بيع دار سكنى الموكل وطلاق زوجته[1].

قال في "الْمُقَدِّمَاتِ": وإن سمى بيعًا، أو اشتراء، أو خصامًا، أو شيئًا من الأشياء؛ فلا يكون وكيلا إلا فيما سمى، وإن قال في آخر الكلام: وكالة مفوضة أو لم يقله فذلك سواء؛ لأنه يرجع إلى ما سمى خاصة، وهذا مرادهم في أن الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: قال بعض أشياخي: ولا يدخل في ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب، هل يقتصر على ذلك السبب أو يعم؟ وفي ذلك نظر.

(ص): (**فَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا تَقَيَّد بِهِ**)

(ش): هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة، وهو ظاهر.

(ص): (**وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي الإِبْرَاءِ جَازَ مَعَ جَهْلِ الثَّلاثَةِ بِمَبْلَغِ الدَّيْنِ**)

(ش): قوله: (فِي الإِبْرَاءِ)؛ أي: من الدين: (وَالثَّلاثَةِ) الوكيل، والموكل، ومن عليه الدين.

و(أل) في الثلاثة للعهد، أما الوكيل والموكل فلتقدم ذكرهما، وأما الغريم فلوكالة الإبراء مما عليه بالالتزام، وإنما جاز ذلك؛ لأن ذلك هبة مجهول، وهي جائزة عندنا.

(ص): (**وَمُخصَّصَاتُ الْمُوَكِّلِ مُتَعَيِّنَاتٌ كَالْمُشْتَرِي، وَالزَّمَانِ، وَالسُّوقِ**)

(ش): يعني: أنه يتعين على الوكيل ألا يتصرف إلا كما أذن له الموكل؛ لأنه إنما يتصرف له.

قوله: (كَالْمُشْتَرِي) يصح بكسر الراء ويكون المعنى: بعها من فلان، وهو الذي في "الْجَوَاهِر"، ومشاه عليه ابْنُ رَاشِدِ، وابن عبد السلام، ويصح بفتح الراء؛ أي: لا تشتري إلا سلعة فلان.

(والسُّوقِ) أي: لا تبع إلا في السوق الفلاني.

(وَالزَّمَانِ) أي: لا تبع إلا في الشهر الفلاني.

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٦٥/٧.

(ص): (**فَإِنْ خَالَفَ، فَالْخِيَارُ لِلْمُوَكِّلِ إِلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيًّا بِرِبَوِيٍّ، فَفِي إِمْضَائِهِ بِرِضَاهُ قَوْلانِ...**)

(ش): أي: فإن خالف الوكيل ما قيده له الموكل فللموكل الخيار في الإمضاء والرد؛ فإن أمضى وقد كان باع له سلعة أخذ الثمن، وإن فسخ وكانت السلعة قائمة أخذها، وهل له أن يطالبه بما سمى من الثمن؟

قولان: فإن كانت فائتة طالبة بالقيمة، إن لم يسم ثمنًا، فإن سمى، فهل له أن يطالبه بما سمى أو بالقيمة؟

قولان مبنيان على الخلاف فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن.

وقوله: (إِلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيًّا بِرِبَوِيٍّ) كما لو قال: بعها بقمح فباعها بفول، أو بدراهم فباعها بذهب، فهل له الإمضاء كغيره أو لا بد من الفسخ؛ لأن المبيعات الربوية لا يدخلها خيار[1].

والقولان متأولان على "الْمُدَوَّنَة". ولا شك أنهم هنا لم يدخلوا ابتداء على الخيار، ولكن آل الحكم إلى ثبوت الخيار للموكل، فهل يكون الخيار الحكمي كالشرطي أم لا؟

والمشهور من المذهب أنه لا ينافي فعله الإمضاء.

(ص): (**فَإِنْ زَادَ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ أَوْ نَقَصَ فِي الشِّرَاءِ فَلا كَلامَ**)

(ش): كما إذا قال: بعها بعشرة فباعها باثني عشر. أو قال: اشتر بعشرة فاشتراها بثمانية، فلا كلام للموكل. وإن كان ذلك مخالفة من الوكيل؛ لأن الموكل يرغب في هذا المعنى، ومن هذا ما في "الْمُدَوَّنَة": وإن أمرته يسلم لك في طعام ففعل فأخذ رهنًا أو كفيلا بغير أمرك جاز؛ لأنه زيادة توثق.

اللَّخْمِيُّ: إلا أن ينقص في الثمن لأجل الرهن أو الحميل فيكون حينئذ للموكل الخيار.

خَلِيلٌ: وينبغي أن يلاحظ هنا ما تقدم، هل للرهن حصة من الثمن أم لا؟

(ص): (**وَيُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِي الْعَكْسِ**)

(ش): المراد بالعكس: أن ينقص في البيع ويزيد في الشراء؛ يعني: فإن نقص في البيع اليسير، أو زاد في الشراء اليسير اغتفر، هذا ظاهر كلامه؛ أعني: عموم هذا الحكم

---

(١) انظر: المدونة: ٣/٥٩٣.

في البيع والشراء، والذي في "تَهْذِيبِ الطَّالِبِ"، و"اللَّخْمِيّ"، و"ابْنِ يُونُس"، و"الْمُتَيْطِيّ"، و"الْجَوَاهِر"، و"ابْنِ رُشْدٍ"، وغيرهم: أن اليسير إنما يغتفر في الشراء لا في البيع؛ لأن الشأن في البيع طلب الزيادة، وفي الشراء استخفاف الزيادة اليسيرة عند حصول غرضه في تلك السلعة؛ لكن غمز ذلك ابن يونس، ولم ينص في "الْمُدَوَّنَة" على اعتبار اليسير إلا في الشراء، وحد فيها اليسير بمثل الدينار والثلاثة في المائة، وكالدينار والدينارين في الأربعين، نعم يأتي كلام المصنف على ما ذكر أبو الحسن في أن الظاهر إذا باع السلعة بأقل مما سمى له بيسير أنه يجوز ذلك كما في الشراء. ونقله التلمساني عن بعض الأشياخ[1].

وقال الْمَازِرِيُّ: وأشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين البيع والشراء في أن الوكيل على البيع ينبغي أن يسامح له في أن يبيع بنقص يسير عما حد له.

قال: والتحقيق يقتضي أنه لا يغتفر له في البيع والشراء، ولا يكون له إلا ما حد له، وهو مذهب الشافعية.

قال ابن محرز، وقال بعض المذاكرين: إنما له أن يزيد اليسير إذا كانت السلعة التي أمر بشرائها غير معينة، وأما المعينة فلا يزيد فيها شيئًا وهو لا معنى له. والصواب: ألا فرق بين المعينة وغيرهما ولا بين البيع والشراء؛ أي: في اغتفار الزيادة اليسيرة، وحيث ألزمنا الوكيل ما خالف فيه الموكل فضمان المشتري من الموكل، قاله في "الْمُدَوَّنَة"، وهل يصدق الوكيل في دفعه الزيادة اليسير؟! تردد فيه التونسي، وخرجه اللَّخْمِيّ على الخلاف فيمن أخرج من ذمته إلى أمانته، وذكر في تهذيب الطالب عن ابن القاسم في رواية عيسى أنه قال: يقبل قول الوكيل أنه زاد؛ لأنه مؤتمن ويحلف، وإن لم يذكر الزيادة حى طال الزمان لم يقبل قوله بعد ذلك، إلا أن يشتغل عن ذكر ذلك بمثل ما يشتغل به الرجل في حوائجة، أو يكون في سفر فيقدم فيقبل قوله، وإذا أقام معه زمانًا طويلا يلقاه ولا يذكر ذلك فلا يقبل قوله.

(ص): (**فَلَوْ قَالَ: أَنَا أُتِمُّ فِي الْكَثِيرِ فَفِي إِمْضَائِهِ قَوْلانِ**)

(**ش**): فالإمضاء لحصول غرض الأمر وعدمه؛ لأن الوكيل متعد في البيع فيجب الرد لحصول المنة، ونظيرتها إذا وكلته أن يزوجه بألف فزوجه بألفين.

---

(١) انظر: شرح ميارة: ١٩٨/٢.

فقال الوكيل: أنا أغرم الزائد[١].

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: بِعْ بِنَسِيئَةٍ بِكَذَا فَبَاعَ نَقْدًا بِهِ، وَعَكْسُهُ فِي الشِّرَاءِ، فَقَوْلانِ، وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ بِأَنَّ الْمُبْتَاعَ لَوْ عَجَّلَ الثَّمَنَ لِلْوَكِيلِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ...**)

(ش): إذا قال: ادفع بمائة نسيئة إلى أجل فباع بها نقدًا، وعكسه في الشراء أن يقول: اشتر بمائة نقدًا فيشتري بها مؤجلة، فقال ابن أبي زيد: ذلك لازم في الوجهين. قال: وخالفني فيها أبو بكر بن اللباد واحتججت عليه بأن المبتاع لو عجل الثمن المؤجل لزمه قبوله بغير مرجحة الوكيل إذا أمره بالبيع بمائة مؤجلة أن يقول: أنا لو بعت بمائة مؤجلة ثم دفعها لك المشتري لزمك قبولها، وكذلك يقال في الشراء: إن لم ترد بقاء الدين في ذمتك. وعلى هذا البحث فيقيد بما إذا باعها بالعين؛ لأنه هو الذي يجب قبوله، وقاله التونسي. ورأى بعض من يقول كقول ابن أبي زيد أن الطعام كالدنانير وكالدراهم وفيه نظر، ولابن اللباد أن يقول من حجة الموكل أن يقول في مسألة البيع: إنما قلت لك بمائة مؤجلة؛ لأني كنت أظن أن المائة ثمنها إلى أجل، فإذا ساوت مائة حالة فثمنها في التأجيل أكثر.

ويقول في مسألة الشراء: إنما قلت لك اشترها بمائة معجلة ظانًا أنها تساوي أكثر من ذلك في التأجيل، فإذا باعها بمائة مؤجلة فهي تساوي أقل من مائة معجلة، وفيه نظر؛ لأنه لو عجل له ما قال لم يكن له مقال.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن أمرته ببيعها إلى أجل فباعها نقدًا فعليه الأكثر مما باعها به والقيمة لما تعدى.

ابن القاسم: وسواء نسيت له ثمنًا أم لا، فظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد، وتأول ذلك بعضهم على الموكل إنما حد للوكيل أقل الثمن بحيث إنه إنما يبيعها بهذا العدد إذا لم يجد أكثر منه، ولما باعها بذلك العدد نقدًا دل على أنه لم يبالغ في طلب الأثمان؛ لأن من اشترى بثمن نقدًا، فالغالب أن يشتري ما كثر بثمن إلى أجل، ومهما بعد الأجل زاد الثمن[٢].

وقال بعضهم: لعل المسألة مفروضة في التوكيل على بيع السلعة بقيد العين، وقوله: (وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ): يحتمل أنه حاجه، ويحتمل أنه غلبه في الحجة

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٦/١٣.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٦٨/١٣.

وهو الأقرب.

تَنْبِيهٌ: ما ذكره المصنف عن ابن اللباد هو كذلك في "الْجَواهِر"، فقوله: فيما حكى عنه وخالفني في ذلك أبو بكر بن اللباد.

والذي في "ابن عبد السلام": ابن التبان. وفيه نظر؛ لأن ابن التبان إنما كنيته أبو محمد على ما ذكره صاحب " المدارك"، وابن اللباد - هو أبو بكر -، والله أعلم.

(ص): **(وَاشْتَرِ بِعَيْنِهَا فَاشْتَرَى بِالذِّمَّةِ وَنقَدَهَا أَوْ بِالْعَكْسِ يَصِحُّ)**

(ش): يعني: إذا أعطاه مائة درهم أو مائة دينار، وقال له: اشتر بعينها، فاشترى بمائة في الذمة ونقد ما دفعه الآمر، أو قال له: اشتر بمائة في الذمة، فاشترى بعينها؛ صح الشراء، ولا مقال للموكل في الوجهين؛ لأن ذلك كله سواء. وأعاد المصنف الضمير في نقدها وبعينها في غير الدراهم والدنانير، كما ذكرنا اعتمادًا على السياق.

خَلِيلٌ: وينبغي أن يخرج على القول بالوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار، وأما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة؛ فإنه يعمل على قوله: (وَلا إِشْكَالَ)، وقد نص المازري عليه.

(ص): **(وَفِي: بِعْ بِالدَّنَانِيرِ، فَبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِالْعَكْسِ قَوْلانِ، بِنَاء عَلَى أَنَّهُمَا فِي الْغَرَضِ سَوَاءٌ أَوْ لا...)**

(ش): تصوره واضح، واستقرأ بعضهم القول بأنه لا مقال للموكل من "الْمُدَوَّنَة"، وهو اختيار اللَّخْمِيّ.

قال: إلا أن يعلم أن ذلك لغرض الموكل.

(ص): **(وَاشْتَرِ شَاةً بِدِينَار، فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ، ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الإِفْرَادِ لَمْ يَلْزَمْ)**

(ش): قال في "الْجَوَاهِرِ": ولو سلم له دينارًا ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع إحداهما بدينار ورد الدينار والشاة؛ صح عقد الشراء والبيع ولزما لإجازة المالك، وقد فعل ذلك عروة البارقي مع رَسُولِ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فدعا له.

وشراء الشاة الأخرى ودفع أحدهما يخرج على إجازة المالك تصرف الغير في ملكه إذ رضي ذلك رَسُولُ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأمضاه، ولو أمر له أن يشتري جارية على صفة بثمن معين فاشترى جاريتين على الصفة المعينة بالثمن المحدود في الواحدة؛ فإن اشتراهما واحدة بعد الأخرى.

فقال أصبغ: يلزمان الموكل ولم يقيد جوابه.

وقال ابن المواز: إن كان قادرًا على الإفراد لم يلزم الآمر العقد، وإن كان غير قادر لزمه[1].

وقال غيره: يثبت الخيار للموكل، ثم اختلف القائلون بذلك في محله.

فقال ابن القاسم: محله الثانية فقط فيتخير في قبولها أو ردها.

وقال ابن الْمَاجِشُون: يتخير في قبولها أو ردها. انتهى. وفهم منه أن القول الثالث لابن القاسم وابن الْمَاجِشُون.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: حكي في "الْجَوَاهِر " عن محمد التفرقة، والذي في "النوادر " عن " الْموازية" ظاهر فيها وليس بصريح.

خَلِيلُ: وحكى اللَّخْمِيّ عن مالك التفرقة.

وقال: إنه لا يختلف المذهب في اللزوم إذا لم يمكن الإفراد، وهو ظاهر، وعلى هذا فيتحصل في المسألة طريقان، وما حكى ابن شاس عن ابن الْمَاجِشُون كذلك حكاه عنه في "المبسوط".

وحكى ابن حبيب عنه إذا أمره بشراء جارية بعينها، أو موصوفة بثمن فاشتراها به ومتاعًا معًا في صفقة؛ فالآمر مخير بين أن يرد الجميع ويأخذ الجارية بحصتها من الثمن[2].

قال: وإن تملك الجميع قبل علمه، فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن. وجه قول أصبغ أن الوكيل لم يزد لموكله إلا خيرًا؛ إذ لو اشترى له جارية لزمه، ونظر في القول بعدم اللزوم للمخالفة، والتفرقة ظاهرة.

(ص): **(وَبِعْ إِلَى أَجَلٍ يُقَيِّدُهُ الْعُرْفُ)**

(ش): يعني: إذا قال له: بع هذه السلعة إلى أجل؛ فإنه وإن كان مطلقًا يصلح لجميع الآجال لكن يقيد بالعرف، فإن باعها إلى أجل جرت العادة به البيع لمثله مضى وإلا فلا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: هذا صحيح؛ فإن المعتبر من الكلام إنما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة، إلا إذا كان الآمر والمأمور عربيين، والله أعلم.

(ص): **(وَاشْتَرِ لِي عَبْدًا فَاشْتَرَى مَا لا يَلِيقُ بِهِ، فَفِي خِيَارِه قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ**

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٤٧٦/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٩.

وَأَشْهَبَ)

(ش): يعني: فإن وكله على شراء عبد وأطلق؛ فإن اشترى ما يليق به لزمه، فإن اشترى ما لا يليق بمثله، فقال ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": الموكل بالخيار.

وقال أشهب: لا خيار له.

والجاري على المسألة السابقة قول ابن القاسم، ولعل الخلاف مبني على الخلاف بين أهل الأصول، هل يجوز تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف، أم لا؟

فمن أجاز ذلك جعل للموكل الخيار، ومن لا فلا. وقيد بعض القرويين قول ابن القاسم بما إذا لم يسم الثمن، وأما إن سماه فاشترى به فلا يبالي بما اشترى له كان مما يشبه أم لا؛ لأنه قد أجاز له قدر ذلك.

وقال غيره: ينبغي ألا يلزمه إلا إذا اشترى له ما يشبه وإن سمى الثمن.

(ص): (وَكَذَلِكَ الْمُخَصَّصُ بِالْعُرْفِ)

(ش): يعني: أن العرف كما قيد المطلق على ما قدمه في قوله: (وَبعْ إِلَى أَجَلٍ)، يقيده العرف، فكذلك يخصص العام، كما لو قال له: اشتر لي ثوبًا من أي الأثواب شئت. فإنه يتقيد بما لا يليق بالآمر، وهذا مثل ما في "الْمُدَوَّنَة": إذا استعار دابة يركبها حيث شاء، وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إفريقية؛ فإن كان العرف عاريته إلى مثل ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن. قال: والذي يسرح دابته لرجل يركبها في حاجة، ويقول له: اركبها حيث شئت يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام[1].

(ص): (وَلا يَبِيعُ بِعَرَضٍ وَلا نَسِيئَةٍ وَلا بِتَغَابُنٍ فَاحِشٍ إِلا بِإِذْنٍ)

(ش): لما ذكر أن العرف يقيد في جانب الشراء أشار إلى أنه يقيد أيضًا في البيع، فإذا قال له:

بع هذه السلعة. فمحمله على البيع بالنقد المعتاد المعجل بثمن المثل إلا بإذن. واشتمل كلام المصنف على ثلاث مسائل فلنتكلم على كلٍّ بانفرادها:

الأولى: لا يبيع بعرض، بل ولا بغير نقد البلد؛ فإن فعل كان متعديًا، ففي السلم الثاني من "الْمُدَوَّنَة": ويضمن حين باع بغير عين إلا أن يجيز الآمر فعله ويأخذ ما باع به[2].

---

(١) انظر: الكافي: ٧٨٠/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٨/٨.

زاد في الوكالة، وقال غيره: إن باعها بعرض ولم يفت فليس له تضمينه، وخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به، أو نقضه وأخذ سلعته، وإن فاتت خير فيما بيعت به من عرض، أو تضمين الوكيل قيمتها ويسلم ذلك العرض للوكيل.

عياض: وهو وفاق، وفي "الْمَوَّازِيَّة": إن فاتت بتغير البدن أو لسوق فكما ذكرنا، وإن لم تفت بأحدهما فيخير الآمر في إجازة البيع أو تباع السلعة المأخوذة، فإن كان فيها زيادة أخذها، وإن نقصت عن القيمة ضمن الوكيل تمامها.

التونسي: ومع عدم الفوات لا يكون بيع العرض في الأصوب من القولين وقيمتها كعينها؛ فإما يأخذها أو العرض. واستشكل ما في "الْمَوَّازِيَّة" من تضمين المأمور مع قيام السلعة، وينبغي ألا يكون له الخيار إلا في إجازة ما فعله الوكيل أو رده، وأما أن تباع به سلعته فلا، وحمل ابن يونس ما في "الْموازية" على أن المشتري نازع في كون هذه السلعة المبيعة للموكل، ولم يعلم أنها للآمر إلا بقول المأمور، فلذلك لم يكن سبيل إلى نقص صفقة، وضمن المأمور لإقراره بالتعدي، وأما لو علم بالبينة أنها للآمر؛ لم يكن له سبيل إلى تضمين المأمور، وليس له إلا أن يرد أو يجيز، وعلى هذا فيتفق ما في "الْموازية" وفي (كتاب الوكالات) فاعلمه. وأما إن اشترى لموكله بغير العين فذلك لا يلزمه، وللموكل أن يجيز فعله ويدفع إليه ما وداه من الثمن، هكذا قاله في "الْمُدَوَّنَة"، وظاهرها أن المقوم في ذلك كالمثلي[1].

فَرْعٌ: قال في "الْمُدَوَّنَـة"، وإن اشترى لك أو باع بفلوس فهي كالعرض؛ إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن، فإنها تباع بالفلوس وما أشبه ذلك، فالفلوس فيها بمنزلة العين، وأما المسألة الثانية وهي البيع بالدين فلا تجوز، فإن فعل؛ فإما أن يكون سمى له ثمنًا، أم لا.

فإن لم يسمِّ له ثمنًا، ففي "الْموازية" يجوز للآمر أن يرضى بالثمن المؤجل إن كان سلعته قائمة؛ لأنه لما كان قادرًا على الرد صار ذلك كإنشاء عقدة، وإن فاتت فليس له الرضى بالمؤجل؛ لأن الغالب أن القيمة التي وجبت له أقل من الثمن المؤجل، فلو أجزنا له ذلك لزم منه بيع القيمة بأكثر منها إلى أجل، وهو عين الربا.

ولهذا قال ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة": لو كان الثمن المؤجل مثل قيمتها الآن أو أقل لجاز الرضى به للآمر؛ لأنه رضى منه بالتعدي إن فسخ، مثلما وجب له في مثله أو أقل.

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ١٥٨/٦، وما بعدها.

قال في "الْعُتْبِيَّة": وإن باعها بأكثر من القيمة ورضي المتعدي أن يعجل له القيمة ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل ويدفع ما زاد على القيمة إلى الآمر على ذلك ولم يكن من بيع الدين، وأما إن سمى له الثمن فباع بأكثر منه إلى أجل، كما لو أمر له بعشرة نقدًا فباع بخمسة عشر مؤجلة، فاختلف هل يعد الوكيل بتعديه ملتزمًا لما أمره به الموكل ونقل عن ابن القاسم، أم لا وهو المشهور.

اللَّخْمِيُّ: وهو أحسن. فإن كانت السلعة قائمة فعلى الأول لا يلزم الوكيل غير العشرة، وعلى الثاني يخير الموكل في إجازته، ورده[1].

قال المازري وغيره: فإن فاتت السلعة، فهل له مطالبة الوكيل بالتسمية إن سمى له ثمنًا، أو قيمة السلعة إن لم يسم، أم له أن يجيز تعديه ويرضى بالثمن. المشهور من المذهب، منعه منهما.

أما الأول: فلإمكان أن يكون قد رضي بما فعله الوكيل، فيكون قد وجب له خمسة عشر فتعجل منها عشرة فيدخله ضع وتعجل، وظاهر ما في "الْوَاضِحَة " تمكينه من ذلك.

وأما الثاني: فلاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي، فيكون قد وجب له عليه عشرة وانتقل منه إلى أكثر منه إلى أجل، وظاهر ما في "الْوَاضِحَة " أيضا أن له ذلك.

ولهذا كان المشهور: لا بد من بيع الدين؛ لأنه ليس للموكل وجه يأخذ به عوض سلعته سوى ثمن الدين، فإن بيع بمثل التسمية أو القيمة فلا كلام، وإن بيع بأزيد أخذ الموكل الجميع؛ إذ لا ربح للمتعدي، وإن بيع بأقل غرم للموكل تمام التسمية أو القيمة، ويؤخر بيع الدين حتى يحل الأجل فيأخذ ما دفعت للموكل وأعطيه ما زاد، فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت الآن بيعت بعشرة جاز ذلك؛ لأن الذي يصح للآمر لو بيعت الخمسة عشر بعشرة نقدًا عشرة، فإذا دفعها المأمور إليه وزاد خمسة مؤجلة فقد أحسن ولا يقع له في ذلك، وإن ساوت لو بيعت أكثر من عشرة كاثني عشر مثلا لم يجز؛ لأنه فسخ الدينارين في الخمسة التي بقيت.

وحكى بعضهم في هذه الصورة قولا بالجواز، فإن ساوت أقل من عشرة جاز عند ابن القاسم خلافًا لأشهب. واختلف الشيوخ هل المختار قول ابن القاسم، أم قول

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٨٦.

أشهب؟ فاختار التونسي قول أشهب؛ لأنه يلزم هنا السلف بزيادة؛ لأن المأمور يغرم تمام العشرة، وكأنه قال: لا تبعها لتغرمني فأسلفه عشرة ليأخذ من الدين. واختار اللَّخْمِيّ قول ابن القاسم، وانفصل عما تقدم بما حاصله: أن الدين إنما يباح إذا كان للموكل بيعه فائدة، وإلا فلا فائدة للموكل في بيعه فلا يباع إلا بتراضيهما؛ لكونه مترددًا بينهما، إن التفت إلى حكم التعدي كان البيع للوكيل، وإن التفت إلى حكم إجازة تعديه كان للموكل، وهذا يمنع من بيعه عنده إلا بتراضيهما، وإذا كان كذلك فلا يتحقق فيه السلف[1].

تَنْبِيهٌ: قال ابْنُ يُونُسَ: كما راعوا في مسألة التسمية أن تكون قيمة الخمسة عشر أقل من العشرة المسماة أو أكثر، فقياسه أن يعتبر أيضًا مع ما وقع البيع به إذا لم يكن سمى بما يكون أكثر السلعة أو أقل، بخلاف ما تقدم عن "العتبية" أنه إذا باعها بأكثر من القيمة ورضي المتعدي أن يعجل القيمة ويقتضي ذلك عند الأجل ويدفع ما زاد أنه جائز.

قال: والمسألتان يدخلهما القولان سمى أو لم يسمّ، فاعرفه.

وأما المسألة الثالثة: ففي "الْمُدَوَّنَة": إن باع الوكيل أو ابتاع ما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك؛ كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها، ويرد ذلك كله ما لم يفت فيلزم الوكيل القيمة، وإن باع بما يشبه جاز بيعه، وإن أمره بشراء سلعة بعينها فابتاعها بألف درهم وهي من ثمان مائة لم يلزمك إلا أن تشاء، وهي لازمة له، وإن كانت شيئًا يتغابن بمثله لم يلزمه.

(ص): (**وَلا يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ وَلا وَلَدِه وَلا يَتِيمِهِ، وَلا يَشْتَرِي. وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ، وَيَتَوَلَّى حِينَئِذٍ طَرَفِي الْعَقْدِ كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ والنِّكَاحِ...**)

(ش): المشهور من المذهب والمعروف: أن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه، فإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء، ولو أعتق هذا الوكيل العبد الموكل هو على بيعه، نص عليه غير ابن القاسم في القراض.

وقال عبد الوهاب: إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز، بناء على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا؟ والظاهر وإن قلنا: إنه يدخل فلا يمضي للتهمة ولا يقال: تبين انتفاؤها بالبيع بالقيمة فأكثر؛ لأنا نقول: يحتمل أنه إنما اشتراها بذلك لما

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٢٩، وما بعدها.

رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر، وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من الثمن والقيمة[1].

محمد: وهو بتغير الذات أو تغير السوق، وذكر يحيى بن عمر قولا آخر بأن تغيير السوق لا يفيتها، وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها ثم باعها بربح أن الربح للموكل، وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم، فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كانه لم يكن لكون معزولا.

قوله: (وَلا وَلَدِهِ) أي: الصغير. في السلم الثاني من "الْمُدَوَّنَة": ومن وكل رجلا يسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه، أو ابنه الصغير، أو لشريك له مفاوض، أو شركة عنان، أو زوجته، أو مكاتبه، أو مدبره، أو أم ولده، أو عبده المأذون له في التجارة، أو عبد لولده الصغار، أو عبد أحد ممن ذكرنا، أو ذمي؛ فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة، ما خلا نفسه وشريكه المفاوض، أو من يلي عليه من ولد، أو يتيم، أو سفه وشبهه.

اللَّخْمِيُّ: وإن أسلمه إلى ولده الكبير جاز، وقيد سحنون المفاوض بما إذا أسلم إليه في المال الذي فاوضه، وأما غيره فيجوز، وجائز أن يسلم إلى ابنه الصغير ويتيمه. وقال: لأن العهدة في أموالهم، وإلى هذا القول وقول القاضي أشار بقوله: (وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ)، وما ذكر في "الْمُدَوَّنَة" في المدبر وأم الولد فهموه في المأذون لهما في التجارة.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وفي فهمهم ذلك منها نظر.

وقال يحيى بن عمر: لا يجوز أن يسلم لعبده المأذون.

قوله: (وَيَتَوَلَّى حِينَئِذٍ)، تفريع على الشاذ، وقوله: (كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ)، وذلك يتصور بأن يكون وكيلا من شخصين، أو ناظرًا على يتيمين ونحو ذلك، وكلاهما ظاهر.

(ص): **(وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَالِمًا وَلَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوَكِّلُ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الْمُوَكِّلِ، وَفِي عِتْقِهِ عَلَى الْوَكِيلِ قَوْلانِ...)**

(ش): (عَلَيْهِ) أي: على الموكل. و(عَالِمًا) حال من الضمير في (اشْتَرَى) أي: الوكيل من يعتق على الموكل حالة كون الوكيل عالمًا بذلك لم يعتق على الموكل، وأما إن لم يعلم؛ ففي "الْمُدَوَّنَة" وغيرها: أنه يعتق على الموكل. وخرج غير واحد خلافًا في

(١) انظر: مواهب الجليل: ٦٥/٧، وما بعدها.

عدم لزوم البيع إذا لم يكن الوكيل عالمًا، ومنهم من استقرأه من (كِتَابِ الرَّهْنِ) من "الْمُدَوَّنَة".

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وفيه نظر. واستشكل ما ذكر من التفرقة؛ لأن عقد الوكالة أن تضمن قرابة الموكل صح مع علم الوكيل، وعتقوا على الأمر، وإن لم يتضمنهم لم يصح البيع مع عدم العلم ولم يلزم العتق. وأجيب بأنه تضمنهم بدليل أنهم يعتقدون مع علم الوكيل كونه قصد اضطراره فلم يمكن من ذلك.

فقوله: (وَلَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوَكِّلُ) بل قال: اشتر لي، فاشترى الوكيل أبا الموكل مثلا؛ فالوكيل متعدٍ؛ لأن الموكل أخرج هذا بالعرف، إذ المقصود من العبد في العادة الاستخدام ولا يحصل هنا، ولهذا المعنى أتى المصنف بهذه المسألة هنا، فلذلك لم يعتق على الموكل؛ لأنه لم يدخل في ملكه، ولزم الوكيل الشراء[1].

قال علماؤنا: إلا أن يبين أنه يشتريها لفلان، فإن بين فلم يجز الآمر نقض البيع، وإذا لم يجز الموكل الشراء، فاختلف هل يعتق عليه؛ لأنه كالملتزم لعتقه وهو قول البرقي وابن العطار، أو لا؛ لأنه لا قرابة بينه وبين الوكيل، وهو قول ابن عمر؟

قال: وقاله أبو عبد الله بن معاوية، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس. واختلف الشيوخ في أي المذهبين هو الجاري على قول ابن القاسم في المقارض يشتري من يعتق على رب المال، هل يقال: هو كالمقارض لأنه إنما قال ابن القاسم بالعتق على المقارض؛ لأنه عنده كالملتزم لعتقه على رب المال وإليه ذهب ابن يونس، أم لا؛ لأن المقارض له شركة وهو قول جماعة من القرويين[2].

قال بعض الشيوخ، المراد بالجهل: هو ألا يعلم أنه أبوه جملة، وأما لو علم به وجهل الحكم فيه هو كما لو علم لا فرق بينهما، أما إن ادعى الموكل على الوكيل العلم، فالقول قول الوكيل؛ لأنه ادعى عليه عمارة ذمته، فيحلف الوكيل ويلزم الموكل الشراء والعتق، فإن نكل حلف الموكل وأغرمه الثمن وعتق على المأمور اتفاقا لإقراره بحرية هذا العبد على الموكل بسبب أنه اشتراه له غير عالم.

اللَّخْمِيُّ: وإن قال الوكيل: كنت أمرتني بشراء هذا العبد، وقال الآمر: بل بعبد آخر.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/٥٩٣.

(٢) انظر: شرح ميارة: ٢/١٩٨، وما بعدها.

وقال: أمرتني بتمر، وقال: لا بل بقمح. فقد اختلف في ذلك هل يكون القول قول الآمر، أو المأمور والمشترى حر باتفاق.

(ص): (**وَعَلَى عِتْقِه إِنْ كَانَ مُعْسِرًا بِيعَ أَوْ بَعْضُهُ وَعَتَقَ مَا فَضَلَ وَالْوَلاءُ لِلْمُوَكِّلِ**)

(**ش**): يعني: وعلى القول بأنه يعتق على المأمور، فإنما ذلك إذا كان موسرًا، وإن كان معسرًا بالكلية بيع جميعه، وإن كان معسرًا ببعضه عتق ما فضل، وهذا فسره البرقي، والولاء للموكل؛ لأنه عبده كأنه أعتقه.

(ص): (**الْعَاقِدَانِ وَمَنْ جَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ، جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ وَيُوَكَّلَ إِلا لِمَانِعٍ**)

(**ش**): (**الْعَاقِدَانِ**): هو الوكيل والموكل، وفي كلامه حذف في موضعين: في صلة المبتدأ إن عددت (**من**) موصولة، أو في غيرها، إن عددتها شرطية.

والمحذوف الثاني في الخبر، أو فعل الجزاء.

التقدير: من جاز له أن يتصرف لنفسه في شيء جاز له أن يوكل أو يتوكل فيه إلا لمانع. وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في ملازم عصمتها.

وقوله: (إِلا لِمَانِعٍ)؛ أي: من الموانع المتقدمة في الحجر، وذلك لأن التوكل والتوكيل راجعان إلى الإجارة أو العارية.

فإن قيل: يرد عليه ما في "الْمُدَوَّنَة": من وكل عبدًا مأذونًا له في التجارة أو غير مأذون يسلم له في طعام ففعل، فذلك جائز؛ لأنه لا يتصرف لنفسه.

فالجواب: أن ذلك محمول على المأذون له بالاتفاق.

(ص): (**وَفِيهَا: لا يُوَكَّلُ الذِّمِّيُّ عَلَى مُسْلِمٍ، أَوْ بَيْعٍ، أَوْ شِرَاءٍ، أَوْ يُبْضِعُ مَعَهُ. وَكَرِهَهُ وَلَوْ كَانَ عَبْدًا...**)

(**ش**): لما قال: إلا لمانع. وكانت الموانع المتقدمة في (باب الحجر) معلومة أخذ يشير إلى زيادة على ذلك، والمانع هنا اختلاف الدين. وما نسبه لـ " لِلْمُدَوَّنَةِ " تبع فيه ابن شاس.

قال: وقال الْمَازِرِيُّ: وما ذاك إلا أنه قد يغلظ على المسلمين.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وليس فيما بين أيدينا من المختصرات هذا اللفظ على "الْمُدَوَّنَة"، تبع فيه ابن شاس في كراهته توكيل الذمي على المسلم، وإنما فيها أن يكون للمسلم على تقاضي ديونه بعضهم على نحو ما ذكره المصنف. انتهى.

وقوله: (وَكَرِهَهُ): المراد بالكراهة: التحريم. ولفظ "الْمُدَوَّنَة" في السلم الثاني: ولا يجوز أن توكل ذميًا أن يسلم لك في طعام، ولا أن يشتري لك ولا يبيع، ولا تستأجره

أن يتقاضى لك، ولا تبضع معه، وكذلك عبده النصراني.

خَلِيلٌ: ومعنى "الْمُدَوَّنَة" كما نقله المصنف، والمصنف لم يلتزم نقل لفظ "الْمُدَوَّنَة" فاعلمه.

فَائِدَةٌ: قال في "البَيَان " في (باب الرضاع): إجارة المسلم نفسه من اليهودي والنصراني على أربعة أقسام:

جائزة، ومكروهة، ومحظورة، وحرام.

فالجائزة: أن يعمل له عملا في بيت نفسه، أو في حانوته؛ كالصانع يعمل للناس فلا بأس به، كما يفعل للناس من غير أن يستبد بعمله.

والمكروه: أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده، مثل: أن يكون مقارضًا أو مساقيًا.

والمحظور: أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده؛ كأجير الخدمة في بيته وما أشبه ذلك، فهذا يفسخ إن عثر عليها، وإن فاتت مضت وللأجير الأجرة[1].

والحرام: أن يؤاجر منه نفسه بما لا يحل من عمل الخمر، أو رعي الخنازير، فهذا يفسخ إن عثر عليها قبل العمل، فإن فات العمل تصدق بالأجرة على المساكين. انتهى.

ولعله عبر بالمحظور في الثالث وفي الرابع بالحرام لتغاير الأحكام، وإلا فالحرام والمحظور مترادفان. وقيل في الوجه الأول بالكراهة وهو الذي اختاره فضل.

(ص): (**وَلا يُوَكِّلُ عَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ**)

(**ش**): لأنه يجيز بذلك السبيل إلى نصرته.

(ص): (**وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّمَنِ وَقَبْضَهُ الْمَبِيعِ، وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ**)

(**ش**): يعني: أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة وقبض الثمن، ولذلك لو سلم إليه المبيع ولم يقبض ضمنه. وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك، فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض، فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه.

وقوله: (وَقَبْضَ الْمَبِيعِ) أي: والتوكيل أيضًا على الشراء يستلزم قبض ما اشتراه ويستلزم الرد بالعيب، ولهذا قال ابن الهندي: كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا، أما لو وكله على البيع وصرح بأنه لا يقبض الثمن مثلا فلا يكون

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٦/١٣، وما بعدها.

له القبض.

وقوله: (وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ) يريد: ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ودخل على ذلك لقوله:

(ص): **(فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ وَلا رَدَّ إِلا فِي الْيَسِيرِ وَشِرَاؤُهُ نَظَرٌ)**

(ش): يعني: وأما لو علم الوكيل بالعيب قبل الشراء فالمشترى له، ولا رد للوكيل إلا بشرطين أو شرط مركب من جزءين، أن يكون العيب يسيرًا، وأن يكون شراؤه نظرًا للآمر؛ أي: مصلحة له.

قال في "الْمُدَوَّنَة": وإن اشترى الوكيل معيبًا وكان عيبًا خفيفًا يغتفر مثله، وكان شراؤه فرصة؛ لزم الموكل، وإن كان عيبًا مفسدًا لم يلزمه إلا أن يشاء، وهي لازمة للمأمور إلا أن يشاء، يبين لك أن مراده المصنف، بقوله: (كَانَ لَهُ)، إن شاء.

(ص): **(فَلَوْ عَيَّنَهُ الْمُوَكِّلُ فَلا رَدَّ لِلْوَكِيلِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: لَهُ ذَلِكَ)**

(ش): يعني: أن ما قدمه من أن للوكيل الرد بالعيب إنما هو إذا لم يكن المأمور عين المشتري، وأما إن قال له: اشتر لي عبد فلان، فلا رد للوكيل؛ لاحتمال أن يكون الآمر قد علم بعيبه، أو يغتفره عند اطلاعه لغرضه فيه.

وقال أشهب: له الرد كالأول، هذا ظاهر كلامه وفيه نظر؛ لأنه عكس المنقول[١].

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وذلك أنه اتفق على أنه لا رد للوكيل إن كانت السلعة معينة، واختلف إذا لم تكن معينة، فقال ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة": له أن يرد؛ لأنه ضامن لمخالفة الصفة.

وقال أشهب: ليس له أن يرد، فإن رد؛ فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت.

أبو عمران: وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم ويرد طالبا على قول أشهب بالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان. وقيد اللَّخْمِيّ قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهرًا.

فقال ابن القاسم: للوكيل أن يرد؛ لأنه ضامن إذا اشترى معيبًا، ثم قال: وقول ابن القاسم بيّنٌ إن كان العيب ظاهر؛ لأنه فرط.

اللَّخْمِيُّ: وإن كان مما يخفي فلا شيء عليه، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٦٨.

أن يرد[١].

تَنْبِيهٌ: ما ذكره إنما هو في الوكيل المخصوص، وأما المفوض فيجوز أن يرد ولو عين الآمر له المشترى، وكذلك له أن يقبل ونحو ذلك من غير محاباة، نص عليه في "الْمُدَوَّنَة".

(ص): (وَيُطَالَبُ بِالثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْبَرَاءَةِ)

(ش): يعني: ويطالب الوكيل بثمن ما اشترى وبما باع، ولا ينجيه من هذه المطالبة على البائع في الأولى، أو على المشتري في الثانية أنه وكيل، ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح أنه لا شيء عليه من دفع الثمن، ولا من دفع المبيع، وإنما يدفع ذلك الموكِّل؛ لأن الأصل أن قابض العوض يلزمه دفع عوضه، فقاض المبيع يلزمه دفع الثمن، وقابض الثمن يلزمه دفع المبيع، وقد ذكر في "الْمُدَوَّنَة" في (كِتَابِ الْعُيُوبِ)، و"الْمَوَّازِ " مثل ما ذكره المصنف سواء وهو أصل المذهب؛ لكن في السلم الثاني لمالك إن وكل رجلا أن يأخذ له سلمًا من آخر فإنه يلزمه.

قال: فإن شرط عليه المبتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك جاز، وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه البائع على أن الرجل إن أقر له بالثمن، وإلا فهو عليك نقدًا أو إلى أجل، فلا بأس به، وظاهره أن المطالبة بالعوض في المسألتين إنما هي للموكل لا الوكيل إلا بشرط.

وقد يقال: هاتان المسألتان راجعتان إلى اشتراط تقديم الموكل، والله أعلم.

وقال أشهب: وسحنون في مسألة السلم: إنها لا تجوز، ولقولهما وجه، وتركنا ما يتعلق بمسألة السلم؛ لأنها دخيلة في هذا الباب.

فَرْعٌ: قال في "الْمَوَّازِيَّة": إن قال فلان بعثني إليك لتبيعه فهو كالشرط، ولا يتبع إلا فلانًا وإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال.

أشهب: وإن قال بعثني إليك لأشتري منك أو لتبيعني؛ فالثمن على الرسول ولو أقر بذلك الرسول فلا يبرأ وهو عليهما.

فَرْعٌ: ولو أسلم رجل في شيء، وقال له: هو لفلان. فأتى فلان في غيبة المسلم فطلبه، فهل يجبر على الدفع وهو قول بعض القرويين، أو لا؛ لأنه يقول: إن دفعت لك قد يأتي المسلم وينكر فأغرم ثانية وهو قول ابن القاسم في "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ".

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٤٧٦/٧، وما بعدها.

(ص): (وَالْعُهْدَةُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْوَكَالَةِ أَوْ يَعْلَمْ)

(ش): وعهدة العيب والاستحقاق على الوكيل؛ إلا أن يصرح بأنه وكيل أو يعلم المشتري بذلك، فحينئذ يطلب الموكل وهو إذًا مقيد إذا رد السلعة عليه ويكون الثمن على الموكل وإن لم يعلمه بأنه لفلان حلف الوكيل، وإلا ردت السلعة إليه.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": لا يمين على الوكيل - أي: المفوض - وأما المخصوص فعليه اليمين ويبتع كما يبتع البائع إذا تولى المبايعة، وجعل الأمر في العهدة أخف من المطالبة بالثمن؛ لأن التصريح بالوكالة والعلم بها لا يكون مقتضيًا لعدم المطالبة بالثمن؛ لأن المطالبة بالثمن أو المثمون لا بد منها، والأصل عدم الاستحقاق والعيب[1].

ولأصبغ أن العهدة كالثمن؛ لأنه قال في خامس الثمانية: ما كان من رد بعيب فذلك على المتوالي البيع، إلا أن يشترط عند البيع اشتراطًا بينًا أنه لا عهدة عليه ولا تباعة ولكن على ربها، فحينئذ لا يكون عليه من تباعة ذلك شيء. وقد تبين لك أن قوله: (فَيُطَالِبُهُ) مرفوع على قوله: (مَا لَمْ يُصَرِّحْ) أي: إذا صرح أو علم طولب حينئذٍ، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع.

(ص): (وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ رَجَعَ عَلَى مُوَكِّلِهِ)

(ش): يعني: ولو تلف الثمن في يد الوكيل قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف مرارًا، وهذا مقيد بما إذا لم يكن الموكل دفع الثمن أولا، وأما إن دفع قبل الشراء فضاع؛ فإنه لا يلزم الآمر غرم الثمن ثانيًا إن أبى، هكذا ذكر في "الْمُدَوَّنَة" الحكلم في المسألتين وفرق بينهما بأنه في الثانية مال بعينه وقد ذهب، بخلاف الأولى؛ فإنه إنما اشترى على ذمتك حتى يصل إلى ربه.

ابن الموَّاز: وعليه الخلف، ولو تلفت السلعة التي اشتراها فلبعض المدنيين: لا يلزم الموكل غرم الثمن في الوجه الأول فأحرى الثاني، ذكره في "الْمُدَوَّنَة" في باب القرض.

وللمغيرة: يلزمه غرم الثمن في الثاني فأحرى الأول.

ابْنُ يُونُسَ: وأبينها التفصيل، قال غيره: وهذا الخلاف إنما هو عند الإطلاق، وأما لو قال: اشتر على الذمة أو هذه على التعيين لنفع الشرط اتفاقًا، ويحتمل أن يريد

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٩، وما بعدها.

المصنف أن الوكيل على البيع إذا باع وقبض الثمن ثم تلف منه من غير تعد ثم اطلع المشتري على عيب في المبيع أو استحق منه، فإنه يرجع بما وجب له على الموكل، ويكون فاعل (رَجَعَ) ضميرًا عائدًا على المشتري المفهوم من السياق، أو يقرأ (رَجَعَ) مبنيًا للمفعول وفي هذا بعد؛ لأنه يستغنى عنه بما تقدم، وعلى هذا فالأول أظهر؛ لكنه قد أخل بأحد وجهي المسألة كما تبين لك.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: والأقرب منهما مذهب المغيرة؛ لأن الثمن في ذمة الموكل أمينه، وإنما قلنا أنه في ذمة الموكل؛ لأن الدراهم والدنانير إذا لم تتعين في حق المتبايعين على المعروف فأحرى ألا تتعين في حق الوكيل[1].

وقال أبو الحسن: انظر قوله: لأن هذا مال بعينه فقد ذهب، فإنه يناقض مذهبه في غير موضع؛ في أن من باع سلعة بثمن أو استحق الثمن وكان عينًا أن البيع لا ينقض ويغرم الثمن، إلا أن يقال: ليست العلة مجرد التعيين بل العلة مركبة من وصفين: التعيين وعدم المباشرة للمعاملة.

(ص): (وَلَوْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ وَلَمْ يَشْهَدْ فَجَحَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ ضَمِنَ)

(ش): يعني: ولو أسلم الوكيل على البيع المبيع، ولم يشهد على القبض فجحد المشتري الثمن؛ يريد: وأصل البيع، وإلا فلو أقر بالبيع وقبض السلعة وادَّعى دفع الثمن لكان مدعيًا يلزمه الغريم إذا حلف الوكيل، ولو أخر المصنف لفظ (الثَّمَنَ) عن (ضَمِنَ) لكان حسنًا، وكان يأتي على مذهب ابن شبلون في "الْمُدَوَّنَة"؛ لأن فيها: ولو وكله على بيع سلعة فباعها ولم يشهد على المشتري فهو ضامن؛ لأنه أتلف الثمن إذا لم يشهد[2].

قال: وقد قال مالك فيمن أبضع معه بضاعة ليوصلها لرجل، فذكر أنه وصلها وأنكر المبعوث إليه أن تكون قد وصلت إليه أن الوكيل ضامن إذا لم يشهد، فأبقاها ابن شبلون على ظاهرها أنه يضمن الثمن، وهو اختيار عبد الحق وابن يونس وغيرهما، ولأن في "الْموازية" ما يدل عليه.

قال ابن أبي زيد: يضمن قيمة السلعة.

وقال بعض الأصحاب: يضمن الأقل من قيمة السلعة والثمن، وذهب ابن الْمَاجِشُون إلى عدم الضمان في مسألة البضاعة التي استشهد لها في "الْمُدَوَّنَة".

---

(١) انظر: الكافي: ٢/٧٨٠.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٨، وما بعدها.

وأشار اللَّخْمِيّ إلى تخريجه في مسألة المصنف من ضمان الوكيل لعدم الإشهاد، إنما هو إذا كانت العادة الإشهاد، وأما إذا كانت العادة تركه في بعض المبيعات ليسارتها.

قال الشيخ أبو محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن: لا ضمان عليه، وهو اختيار اللَّخْمِيّ. وقال ابن التبان، والإبياني: عليه الضمان، والأول أظهر.

(ص): **(وَلَوْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: إِلا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ التَّرْكَ)**

(ش): أي: لو أقبض الوكيل الدين الذي على موكله لصاحبه فكذلك يضمن إذا جحد صاحب الدين القبض لتفريطه، وقوله: (وَقِيلَ... إلخ).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو قول ثالث ذكره غير واحد، وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معًا الإشهاد وعدمه، أو لم تكن عادة بالجملة حيث لم تضبط العادة بشيء.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقيل في الوكيل على مطالبة غريمه يدفع بغير بينة أنه غير ضامن. وعد هذا بعضهم تقييدًا للمشهور، ولعل هذا إن صح يكون حيث جرت العادة بترك الإشهاد. انتهى.

فرعان:

أولهما: استثنى من الضمان ما إذا كان الدفع بحضرة رب المال، ففي قراض "الْمُدَوَّنَة": وإن كان وكل على شراء سلعة معينة أو غير معينة فدفع الثمن وجحده البائع هو ضامن ولرب المالين تغريمه، وإن علم بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده، أو بغير ذلك ويطيب له ما يقضي له به ذلك إلا أن يرجع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن. انتهى.

ثانيهما: إذا شرط المأمور أنه لا يشهد عند دفع البضاعة ثم جحد القابض؛ جاز الشرط ونفع المأمور وحلف إذا كان غير أمين.

مُطَرِّفٌ: ولو شرط المأمور ألا يمين عليه فشرطه باطل للتهمة.

(ص): **(وَلَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلِفَ بَرِئَ وَلَمْ يَبْرَأْ الْغَرِيمُ إِلا بِبَيِّنَةٍ إِلا فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ...)**

(ش): أي: لو قال الوكيل: قبضت ثمن ما بعته وتلف برئ؛ لأنه أمين، لكن لا يبرأ المشتري إلا ببينة تشهد بمعاينة الدفع، إلا في الوكيل المفوض فإن المبتاع يبرأ بإقراره، وفي معناه الوصي.

مُطَرِّف: وإذا ودى الغريم الثمن فله أن يرجع على الوكيل؛ لأنه فرط في دفعه حتى ضاع[1].

وقال ابن الْمَاجِشُون: لا يرجع بشيء حتى يُعلم من الوكيل تفريط، وهو اختيار ابن حبيب، وعن ابن القاسم في المأمور يدفع ثوبًا إلى صباغ، فقال: دفعته إليه وأنكر الصباغ، فإن لم يقم الرسول بينة ضمن، ولو قال الصباغ: قبضته وضاع مني وهو عديم ولا بينة بالدفع إليه؛ فالصباغ ضامن ويبرأ المأمور.

(ص): (**وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ، فَقَالَ: تَلِفَ أَوْ رَدَدْتُهُ لَمْ يُسْمَعْ وَلا بِبَيِّنَتُهُ؛ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا...**)

(ش): تصوره ظاهر. وقيل في هذا الأصل: أن البينة تقبل، ونظيرتها ما أشار إليه بقوله:

(ص): (**وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ**)

(ش): وهو ظاهر، وكذلك لو أنكر المودع الوديعة فقامت عليه البينة، فقال: رددتها وأقام البينة على الرد أو التلف. وكذلك أيضًا الزوج يملك زوجته فتطلق نفسها ثلاثًا فينكر التمليك فتقول بذلك البينة، فيقول: إنما قصدت واحدة، وكذلك إذا طولب بثمن سلعة اشتراها وأنكر الشراء فأقام المدعي البينة عليه وعلى قبض السلعة وأقام المدعى عليه بينته فدفع ثمنها، وكذلك إذا ادعت عليه زوجته أنه قذفها فأنكر فأثبت أنه قذفها فأراد أن يلاعن.

فقال ابن القاسم: له ذلك.

وقال غيره: ليس له ذلك ويجلد[2].

(ص): (**وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ لا يُصَدَّقُ فِي الدَّفْعِ**)

(ش): لأنه لو كان مصدقًا لم يحتج إلى إشهاد؛ لكن يحتاج إليه لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلا في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد الذي ائتمنته أنه لا يصدق إلا ببينة، وعلى قول ابن الْمَاجِشُون أنه بعث بضاعة مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها، وإن أنكر القابض كانت دينًا أو صلة يتخرج منه قبول دعوى الوصي الرد على الأيتام.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٢٢٩/٩، والكافي: ٧٨٠/٢.

(٢) انظر: الذخيرة: ١٨/٨، والتاج والإكليل: ٢٢٩/٨، وما بعدها.

ونقل بعضهم قول ابنِ الْمَاجِشُون صريحًا في الأيتام وجعل منشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ هل ذلك لئلا تغرموا ولا تحلفوا. وعلى المشهور من الغرم مع عدم الإشهاد فإنما ذلك إذا أقام اليتيم عليه بالقرب.

مالك في "الْمَوَّازِيَّة": وإن طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم، مثل ثلاثين أو عشرين سنة لا يسألونه عن شيء؛ فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم، ونحوه في "الْعُتْبِيَّة".

وقال ابن زرب: إذا قاموا بعد العشر أو الثماني لم يكن له قبله إلا اليمين.

(ص): **(وَالْمُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ لَيْسَ لَهُ التَّأْخِيرُ لِعُذْرِ الإِشْهَادِ)**

(ش): أي: والذي يصدق في دعوى الرد من وكيل أو مودع ليس له أن يؤخر الدفع ويعتذر بالإشهاد؛ إذ لا فائدة له؛ لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد، وذكر المصنف المسألة في صورة القاعدة الكلية، وإن كان تكلم فيؤخذ منه الحكم في الوديعة، وما ذكره من تصديق الوكيل في دعواه الرد هو مذهب "الْمُدَوَّنَة".

وحكى ابن رشد في ذلك أربعة أقوال:

الأول: هنا أنه يصدق مع يمينه، وهو قول مالك في "الْعُتْبِيَّة"، ومذهب "الْمُدَوَّنَة" في آخر الوكالات.

والثاني: إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة، فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئًا وعلى الوكيل إقامة البينة، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدًّا لم يكن على الوكيل يمين، رواه مُطَرِّفٌ عن مالك.

والثالث لابن الْمَاجِشُون، وابن عبد الحكم: إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدًّا صدق الوكيل بلا يمين.

والرابع: التفرقة لأصبغ بين الوكيل على الشيء بعينه فيصدق إلا أن يقيم البينة وإن طال الأمر، وبين الوكيل المفوض إليه فيصدق في القرب مع يمينه؛ ففي البعد بغير اليمين، ابن الْمَاجِشُون: ولو مات وكيل المرأة - زوجا أو غيره - بحدثان القبض كان ذلك في مال الوكيل - زوجًا أو غيره - إذا عرف القبض وجهل الدفع؛ فإن كان مؤتمنًا بغير حدثان ذلك، وما يكون في مثله الدفع فلا شيء في أموالهما، وإن لم يقر بالدفع[1].

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٥٩، وما بعدها.

قال في "البَيَان": وَلا خلاف عندي في هذا الوجه: انتهى، ولو قيل: إن للوكيل والمودع تأخير الدفع حتى يشهد لكان حسنًا؛ لأنهما يقولان: إذا لم يشهدوا توجه عليهما اليمين فكان لنا التأخير لتسقط عنا اليمين، لا سيما الوكيل لهذا الخلاف الذي فيه، وقاله بعضهم.

(ص): (**وَالْوَكِيلُ فِي التَّعْيِينِ لا يُوَكِّلُ إلا فِيمَا لا يَلِيقُ بِهِ أَوْ لا يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا**)

(**ش**): احترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف، وحكى في "البَيَان " قولا بأنه لا يوكل، قال: والأظهر أن له ذلك؛ لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي، ولم يكن للوكيل توكيل غيره؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته، ولأنه تصرف في الوكالة على خلاف ما أذن له.

واستثنى المصنف موضعين؛ الأول: أن يكون الوكيل لا يليق به تولي الموكل فيه، كمن وكل رجلا شريفًا معروفًا بالجلالة على بيع ثوب أو دابة؛ لأن الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره، فكان ذلك كالتصريح بإجازة التوكيل[1].

والموضع الثاني: أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقل بها؛ لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل، إلا أن الوكيل في الموضع الثاني يسوغ له أن يستعين بوكيل آخر ولا يجعل جميع ما إليه للوكيل، بخلاف الأول فإنه يوكل على جميع ما جعل له، ولا شك في الأول إذا علم الموكّل بحال الوكيل، وأما إن لم يعلم؛ فقطع بعضهم بأنه لا التفات لعلمه.

قال التونسي: وانظر إن لم يعلم بذلك رد المال، فإن كان الوكيل مشهورًا فإنه لا يلي مثل ذلك، فالأشبه ألا يضمن، وإن لم يكن مشهورًا بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه هو المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولي.

وفي "الْمُقَدِّمَاتِ": ليس له أن يوكل على ما وكل عليه غيره، ولا أن يوصي إلى أحد بذلك؛ إلا أن يجعل ذلك إليه الموصي، فإن فعل فتلف المال ضمن على مذهب ابن القاسم، وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك لنفسه إذا لم يعلم بذلك الموكل الأول، وهذا نص رواية يحيى عن ابن القاسم، وفي ذلك نظر.

وقال أشهب: إذا كان مثله في الكفالة فلا ضمان عليه. انتهى.

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٨٧.

فَرْعٌ: فإن وكل حيث لم يكن له ذلك، فالمعروف من المذهب أنه متعد.

قال في "الْمُدَوَّنَة": ومن وكل رجلا ليسلم له في طعام فوكل الموكل غيره لم يجز. ولأصبغ وغيره: إذا فعل وكيله مثلما فعل الوكيل الأعلى في النظر والصحة لزم، وإن كان على خلاف ذلك لم يلزمه ولم يجز الرضى به. واختلف في قوله في الكتاب: لم يجز. فحمله بعضهم على أن للآمر فسخه وإجازته. وحمله ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضى الآمر بما يعمل وكيل وكيله؛ إذ بتعديه صار الثمن عليه دينًا للآمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني، إلا أن يكون قد حل قبضه فيجوز لسلامته من الدين.

وروى ابن القاسم عن مالك في "الْوَاضِحَة": أن للموكل الخيار كالتأويل الأول.

ابن حبيب: وأنكر ذلك أصبغ ومن لقيت من أصحاب مالك.

(ص): (**وَلا يُوَكِّلُ إِلا أَمِينًا**)

(ش): وحيث قلنا أن للوكيل التوكيل فلا يوكل إلا أمينًا؛ لأن العادة إنما تدل على ذلك.

(ص): (**وَلا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِمَوْتِ الأَوَّلِ**)

(ش): لأنه صار كالوكيل عن الأصل، فإنا لا نجيز له الوكالة إلا إذا أمكن له في ذلك؛ إما بإذن صريح، أو بحسب العادة، وعلى هذا التقدير، فقال الْمَازِرِيُّ: الأظهر أن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الوكيل الأول، بخلاف انعزال الأول بموت موكله[1].

(ص): (**وَيَنْعَزِلانِ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ، وَقِيلَ: لا يَنْعَزِلُ الْمُفَوَّضُ إِلا بِعَزْلِ الْوَرَثَةِ**)

(ش): أي: ينعزل الوكيل الأعلى والأسفل بموت الموكل على المشهور؛ لأنهما إنما كانا يتصرفان له، وقد انتقل المال بعد الموت للوارث، وسواء كان كل واحد منهما مفوضًا إليه أم لا، والقول بأنه لا ينعزل المفوض إلا بعزل الورثة لمطرف وابن الْمَاجِشُون. وجهه القياس على القاضي والأمير، فإنهما لا ينعزلان بموت الخليفة، والفرق للأول أن الوكيل إنما قدم لمصلحة الموكل، وقد حكى ابن الْمَاجِشُون إجماع العلماء على مثل المشهور، ووقع لأصبغ أن الوكالة تنفسخ بموت الموكل، وإن كان رب المال هو البائع فلا يجوز له أن يتقاضى الثمن إلا بتوكيل الورثة، بخلاف إذا كان الوكيل هو المتولي فهو على ولايته.

ومراد المصنف بقوله: (يَنْعَزِلانِ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ) إذا علما، ويدل على ذلك قوله:

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٣٠، وما بعدها.

(ص): (وَفِي انْعِزَالِهِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ إِلَيْهِ فِي الْمَوْتِ، وَفِي الْغَيْبَةِ قَوْلانِ)

(ش): لأن حكايته الخلاف هنا فيما إذا لم يبلغه الخبر يدل على أن الأول محمول على العلم.

ومذهب "الْمُدَوَّنَة": أنه لا ينعزل قبل علمه في الموت، ففيها: إن اشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته؛ فذلك لازم للورثة، ويؤخذ الثمن من التركة إن لم يكن الوكيل قبضه، وكذلك ما باع. وعلى حمل "الْمُدَوَّنَة" على هذا من الفرق بين العلم وعدمه عامة الشيوخ.

والقول بأنه ينعزل بمجرد الموت لابن القاسم وأصبغ، وروي أيضًا عن مالك، وزعم اللَّخْمِيّ أنه ظاهر المذهب، وتأول ما في "الْمُدَوَّنَة" على أن البائع والمشتري غابا، ولو كانا حاضرين وبيَّنَ لهما الرجل أنه وكيل؛ كان للورثة رد ذلك.

وأما العزل وإليه أشار المصنف بقوله: (وَفِي الْغَيْبَةِ) فتأول أبو عمران أن المذهب في العزل كالموت يصح تصرفه قبل العلم، وهو قول ابن القاسم وأشهب، ورأى أن ما في "الْمُدَوَّنَة" في آخر (كِتَابِ الشِّرْكَةِ): أن الوكيل لوكان مفوضًا إليه إذا خلعه غرماؤه، فذلك أنه لا يبرأ غريم بما دفع إليه كان من ثمن أم لا خلافًا لهذا، وكذلك اعترض سحنون مسألة الشركة، وتأول بعضهم أنه لا فرق بين العزل والموت، وإلى التسوية ذهب التونسي وابن محرز وتأولوا مسألة الشركة أن العزل كان مشهورًا فلم يصدقه على أنه لم يعلم، وعلى هذا فيتحصل في مسألة الموت والعزل قبل العلم ثلاثة أقوال؛ ثالثها: يمضي تصرفه الموت دون العزل[1].

ولعله في هذا القول الثالث لاحظ قول مُطَرِّف أن الوكيل لا ينعزل في الموت، وإلا ففي الفرق بينهما من حيث المعنى عسر، وذكر في "الْمُقَدِّمَاتِ " عن بعضهم أنه يقول: لا فرق بين المسألتين، ويجعل في كل منهما ثلاثة أقوال؛ أنه لا يبرأ من دفع إلى الوكيل فيهما. وإن لم يعلم الدافع بذلك؛ علم الوكيل أو لم يعلم أنه يبرأ فيهما إذا دفع ولم يعلم بموت موكله أو عزله، ولا فرق بين أن يعلم الوكيل ذلك أم لا.

والثالث: أنه يبرأ إذا دفع إليه، ولم يعلم هو والوكيل، ولا يبرأ إن علم الدافع بالموت والعزل، ويتحصل في المسألة خمسة أقوال.

والمصنف لم يتعرض لشيء من ذلك، فلذلك تركناها نحن أيضًا، والخلاف مبني

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٧/٦٦.

في هذه المسألة على الخلاف في الفسخ من حين الوصول أو البلوغ، واختار جماعة القول بأنه لا ينعزل فيها استصحابًا للحال، وإلا أدى إلى الشك في إنكاحه ومعاملته، وقياسًا على أهل قباء، وأجيب عن القياس بأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس حرم الإحرام لغيره، وهو مضطر إلى الفعل فعذر، بخلاف تصرف الوكيل فإنه من المباحات، والله أعلم[١].

قال بعض الشافعية: وتنفسخ الوكالة بطروء الجنون على الوكيل والموكل، لأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون لطروئه على عقد غير لازم.

الْمَازِرِيُّ: وفيه تفصيل عندي، فإن طرأ على الوكيل، ثم عاد عليه عقله، ثم أراد إبقاء على التصرف؛ فإنه يمكن من ذلك إذا كان الموكل حاضرًا أو لم يعزله، وإن كان غائبًا ولم يعلم بجنونه فإن ذلك لا يمنعه من التصرف؛ لأن الموكل أذن له في التصرف مع جواز القواطع، وإن كان طروء الجنون على الموكل؛ فالأظهر أنه يمكن من التصرف كوديعة أودعها، لكن لو طال زمان جنونه طولا يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله؛ فإنه مما ينظر فيه. وذكر خلافًا بين الحنفية في ردة الوكيل هل توجب عزله؟

قال: والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك؛ إذ الحجر عليه إنما يكون لحق المسلمين في المال، إلا أن يعلم بمقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله إذا ارتد فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف.

(ص): **(وَمَهْمَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ فَلا يَنْعَزِلُ وَلَوْ بِحُضُورِهِمَا)**

(ش): لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بشرط ألا يتعلق بالوكالة حق الغير، وظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل، وقاله اللَّخْمِيّ وابن شاس، وزاد: إلا أن يخاف من غريمه استطالة بسبب ذلك.

وفي "الْمُقَدِّمَاتِ": ليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر. هذا هو المشهور في المذهب، ووقع لأصبغ في "الْوَاضِحَة " ما يدل على أن له أن يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام، وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الوكالة إذا قبل الوكالة. انتهى. وإن أراد السفر بعد الثلاث مجالس حلف ما قصد السفر ليوكل؛ فإن نكل لم يكن له أن يوكل، نعم له بأن يعزله، وإن كانت وكالته بأجرة، أو قاعد الخصم ثلاث مرات إذا تبين منه تفريط، أو

(١) انظر: المدونة: ٣/٥٩٤، وما بعدها.

يقوم عليه دليل تهمة بينه وبين من وكل عليه.

فَرْعٌ: واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو شرائها أو سمى له شخصًا معينًا، هل له أن يعزله كما لو أطلق، أو لا؟ على قولين.

المازري - وعدها الأشياخ من مشكلات المسائل - قال: والأصح عندي في ذلك إن عين المشترى وسمى له الثمن، وقال: شاورني، فهذا موضع الإشكال والاضطراب، هل له غرض في عين المشترى، أم لا؟ واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها، هل للموكل أن يعزله؟

فرأى اللَّخْمِيّ وعبد الحميد أنه ليس له ذلك، قالوا: بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين[1]. ورأى غيرهم أنه يختلف في عزله كالطلاق، واستشكل المازري الطريقة الأولى بأنه لا منفعة للوكيل في هذه الوكالة، فكان الأولى أن يكون له عزله؛ إلا أن يقال: لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزامًا لا يصح له الرجوع[2].

(ص): (**وَلا يَعْزِلُ نَفْسَهُ عَلَى الأَصَحِّ**)

(ش): هو عائد على وكيل الخصام، وسيأتي الكلام على غيره من الوكلاء؛ يعني: إذا امتنع الموكل من عزل وكيل الخصام، فكذلك وكيل الخصام لا يعزل نفسه على الأصح، وظاهره بمجرد الشروع، وكلام صاحب " الْمُقَدِّمَاتِ " المتقدم يدل على أنه إنما يمتنع عزله إذا قاعد الخصم ثلاث مرات، ومقابل الأصح من كلام المصنف يحتمل أن يريد به المشهور.

ويحتمل أن يريد به قول أصبغ.

(ص): (**وَلأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ الاسْتِبْدَادُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ خِلافَهُ**)

(ش): وهذا بخلاف الوصيين؛ فإنه لا يكون لأحدهما الاستبداد؛ أي: الاستقلال إلا بإذن، والفرق أن الموصي يتعذر منه النظر في الرد، بخلاف الموكل إن ظهر منه على أمر عزله، ونص صاحب " الْجَوَاهِر " على ما ذكره المصنف، وقرره ابن عبد السلام وغيره.

وفي "الْمُدَوَّنَة" في (باب التخيير): وإن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق

---

(١) انظر: شرح ميارة: ٢/١٩٩.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/١٩.

أحدهما دون الآخر كالوكيلين[١].

وهذا أيضًا مقتضى ما في "النوادر"، ففيها قال يحيى، عن ابن القاسم: إذا وكل رجلين عن تقاضي دين فمات أحدهما، فليس للحي تقاضٍ إلا بإذن القاضي، وأحب إلي أن يوكل القاضي رجلا يرضاه يقبض معه إن وجد من بلد المستخلف قريبًا وديونه مأمونا أمر الحي من الوكيلين أن يتوثق من الغرماء حتى يأمن من الدين التلف، ثم يستأني به حتى يحوله الآمر وكالة. انتهى.

وفي "الْمُدَوَّنَة" في (باب العتق) قريب مما ذكرناه عنها في (باب التخيير)، وأنه إذا قال لرجلين: اعتقا عبدي، لا يكون لأحدهما العتق. ونص اللَّخْمِيّ لما تكلم عليها: أنه لو وكل رجلين يبيعان له سلعة فباع أحدهما أن البيع لا يلزمه. وإن هذا من كلام المصنف، وابن شاس فاعلمه[٢].

(ص): (**وَالْوَكَالَةُ بِأُجْرَةٍ لازِمَةٌ كَالإِجَارَةِ، وَيَجِبُ الْعِلْمُ بِالْعَمَلِ بِجَعْلٍ ثَالِثُهَا: تَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ، وَبِغَيْرِهِمَا جَائِزَةٌ، وَقِيلَ: تَلْزَمُ الْوَكِيلَ كَالْهِبَةِ...**)

(**ش**): لما ذكر أن وكيل الخصام ليس له عزل نفسه شرع في غيره، وذكر أنها إذا كانت بعوض على وجه الإجارة كانت لازمة لكل واحد منهما بالعقد كسائر الإجارات، ويجب العلم بالعمل؛ لأن الجهالة بالإجارة لا تجوز. وإن كان على وجه الجعالة فثلاثة أقوال، وفهمها من كلامه ظاهر، وهي مبنية على الخلاف في لزوم الجعل وإن كانت بغير عوض، وأما الموكل فلا تلزمه بلا إشكال، وأما الوكيل فذكر أنها جائزة فليس له فسخها، وهو قول مالك وإليه ذهب ابن القصار وغيره من البغداديين.

وقيل: يلزمه ذلك؛ لأنه كواهب منفعة، والهبة لازمة بالقول على المعروف.

وظاهر كلام المصنف: أن هذا القول منصوص، وهي طريقة اللَّخْمِيّ، وتعلق بما لمالك في "المبسوط " فيمن أبضع مع رجل بضاعة يشتري له بها سلعة بعينها فذهب الوكيل فاشترى بها، ثم قال له بعد شرائها: إني لنفسي اشتريتها؛ أنه يقبل قوله ويحلف إن اتهم.

وفي ثمانية أبي زيد لابن الْمَاجِشُون أنها للآمر؛ إلا أن يكون أشهد حين الشراء أنه اشتراها له.

---

(١) انظر: منح الجليل: ٨٧/١٣.

(٢) انظر: الكافي: ٧٨١/٢، وما بعدها.

وقال أصبغ: هي للموكل وإن أشهد. ورأى عبد الحق أن الخلاف إنما هو مخرج على الجعالة وعلى الخلاف في الهبة(١).

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهي طريقة غير واحد في نقل المذهب، ابن رشد يرى أنه لا خلاف أن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا في وكالة الخصام.

تَنْبِيهٌ: وفهم من كلامه جواز الوكالة في الجعالة على معنى: إن فعلت فلك وإلا فلا، وهو أحد القولين في "الْمُدَوَّنَة"، وغيرها.

(ص): **(وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الإِذْنِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكِّلِ إِلا إِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ الْمُخْتَلَفُ فِي ثَمَنِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يَبِعْ بِمَا يُسْتَنْكَرُ)**(٢)

(ش): إذا تنازع الوكيل والموكل، بأن يقول الوكيل: وكلتني على بيع السلعة، ويقول ربها: لم أوكلك. فلا شك أن الوكيل مُدَّعٍ، وقوله: (أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ)، مثل أن يقول: أمرتني ببيعها، ويقول الآخر: بل برهنها.

ويشمل قوله: (أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ) الاختلاف في قدر الثمن، وفي جنسه، وفي صفته، وفي حلوله وتأجيله، وحكم بأن القول قول الموكل في هذه المسائل؛ لأنه مدعى عليه عمارة ذمته ما لم يبع بما يستنكر فيكون القول أيضا للآمر.

وهذا الفصل متسع في كلام الأشياخ، وبعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وتركنا ذلك خوف الإطالة، ويشكل كلام المصنف بمسألة "الْمُدَوَّنَة" إذا دفع إليه دراهم فاشترى بها تمرا، وقال: بذلك أمرتني(٣).

وقلت أنت: ما أمرتك إلا بحنطة.

قال فيها: فالمأمور مصدق مع يمينه(٤).

ابن القاسم: لأن الثمن مستهلك كفوات السلعة. نعم، قال أصبغ: القول قول الآمر. ولعل المصنف إنما تكلم على غير هذه الصورة وترك هذه لاشتراطها مع الصورة التي ذكر أن القول فيها قول المأمور، وهي ما إذا اختلفا في قدر ثمن المبيع إذا فات.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ٤٦٩/١٣، وما بعدها.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٣٩٩/١.

(٣) انظر: التاج والإكليل: ٢٣٠/٩، وما بعدها.

(٤) انظر: حاشية الصاوي: ٤٧٧/٧، وما بعدها.

كِتَابُ الإِقْرَارِ

(ص): (الإِقْرَارُ[1]: وَالصَّبِيُّ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُبَذِّرُ، وَالْمُفْلِسُ، وَالْعَبْدُ، قَدْ تَقَدَّمَ)[2]

(ش): الإقرار: إخبار المرء عن أمر اختص به في نفسه، وهو مصدر أقر يقر إقرارًا؛ أي: اعترف بالحق، وهو راجع إلى شهادته على نفسه.

وله أربعة أركان: المقر، والمقر له، والمقر به، والصيغة.

وبدأ المصنف بالكلام على المقر، وذكر أن إقرار الصبي وما عطف عليه تقدم في (باب الحجر).

(ص): (وَالْمَرِيضُ لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ مِنْ وَارِثٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ مَخْصُوصَيْنِ)

(ش): يعني: والمريض لا يقبل إقراره لمن يتهم هو على جذب النفع إليه؛ من وارث أو أجنبي مخصوصين بالاتهام عليهما، لا كل قريب وأجنبي، وبين ذلك بقوله:

(ص): (فَالْوَارِثُ كَالْبِنْتِ مَعَ ابْنِ الْعَمِّ وَشِبْهِهِ، وَبِالْعَكْسِ يُقْبَلُ)

(ش): لما ذكر أنه إنما يمنع من الإقرار لوارث مخصوص وأجنبي مخصوص أخذ يبين ذلك المخصوص؛ أي: فلا يقبل إقراره لبنته إذا كان له ابن عم يرثه معها؛ لأن النفوس مجبولة على رجحان البنت، وبالعكس يقبل؛ أي: أقر لابن عمه فيقبل لعدم التهمة.

(ص): (وَالأَجْنَبِيُّ صَدِيقٌ مُلاطِفٌ، وَالْمَرِيضُ يُورَثُ كَلالَةً، وَقِيلَ: يُقْبَلُ فِي الثُّلُثِ)

(ش): الواو في قوله: (وَالْمَرِيضُ) للحال.

و(الْكَلالَةُ): الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد، ولعل المصنف أراد هنا غير هذا؛ أعني: ما لا ولد فيها لما في وصايا "الْمُدَوَّنَة"، وإن أقر لصديق ملاطف؛ جاز إن ورثه ولد، أو ولد ولد، فإن ورثه أبوان أو زوجة وعصبة ونحوه لم يجز، فأبطل إقراره مع أن

---

(١) الإقرار لغة: إفعال، من قر الشيء: إذا ثبت يقر، من باب ضرب وعلم وثبت وسكن، وأقره في مكانه بعد أن كان مزلزلا، وأقر بحقه، وأذعن واعترف، إذا فالإقرار، إثبات لما كان متزلزلا بين الإقرار والجحود.

انظر: الصحاح: ٢/٧٨٨، ولسان العرب: ٥/٣٥٩٢.

وأما اصطلاحا: فقالت المالكية: خبر يوجب حكم صدقة على قائله فقط بلفظه، أو لفظ نائبه.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٠٠.

في الورثة أبوين، وهذا هو المشهور، والقول بأنه يقبل في الثلث ويبطل ما زاد عليه رواية.

وعن ابن عبد الحكم: أن إقراره للصديق الملاطف لازم وإن كان يورث كلالة.

أَبُو مُحَمَّد: وهو خلاف قول مالك.

وقال أحمد بن عيسى: أما الرجل الصالح الذي يعرف بالدين والصدق ولا يجهل ما في ذلك من الإثم؛ فإقراره لصديقه الملاطف جائز[1].

وألحق في "البَيَان " بالصديق الملاطف القريب غير الوارث، فقال: إقرار الزوجة على أربعة أوجه:

إما أن يقول لوارث، وإما للقريب غير وارث، أو صديق ملاطف، وإما لأجنبي، وإما لمن لا يعرف من هو من هذه الثلاث.

فالأول: إذا كان المقر له في القرب بمنزلة من لم يقر له أو أقر، فلا خلاف أنه لا يجوز.

ابن المواز: إذا لم يكن لذلك وجه يدل على صدقه، وإن لم يكن قاطعًا؛ إلا أن يكون المقر له عاقًا والذي لم يقر له بارًا له، ففي جوازه قولان، وإن كان المقر له أبعد، فلا خلاف أن إقراره جائز. واختلف إذا كان بعض من لم يقر له أقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته، أو كان بعضهم أقرب وبعضهم أبعد منهم على قولين؛ فقيل: إنه يجوز.

وقيل: لا يجوز، وأما إن أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف؛ فالمشهور: إن إقراره جائز إن ورث بولد لا كلالة، وقيل بجوازه مطلقًا وهما قائمان من "الْمُدَوَّنَة".

وقيل: إن ورث بولد جاز من رأس المال، وإن ورث بكلالة فمن الثلث.

وأما الأجنبي: فلا خلاف أن إقراره جائز، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللُّقَطَة، وأما إن أقر لمن لا يعرف؛ فإن كان يورث بولد جاز من رأس المال إن أوصى أن يصدق به عنه أو يوقف لهم، واختلف إن كان كلالة، فقيل: إن أوصى أن يوقف حتى يأتي طالبه جاز من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق عنه لم يجز لا من الثلث ولا من رأس المال.

وقيل: إنه من الثلث وهو قائم من كتابة "الْمُدَوَّنَة"، وقيل: إن كان يسيرًا فمن رأس

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٦٠.

المال، وإن كان كثيرًا لم يجز مطلقًا. قال: وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المريض تفصيل.

وحاصله: أنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم منه ميل إليها.

والثاني: أن يعلم منه البغض لها.

والثالث: أن يجهل ذلك[1].

فإن علم الميل لم يجز إقراره إلا أن يجيزه الورثة، وإن علم منه البغض لها فإقراره لها جائز على الورثة، فإن جهل فوجهان: إن وكل كلالة فلا يجوز إقراره لها، وإن ورث بولد فالولد لا يخلو أن يكونوا ذكورًا أو إناثًا، صغارًا أو كبارًا، واحدًا أو عددًا منها أو من غيرها. فإن كان الولد أنثى يرثنه مع العصبة، سواء كن واحدة أو عددًا، صغارًا أو كبارًا من غيرها أو كبارًا منها.

فيتخرج ذلك عندي على قولين:

أحدهما: أن إقراره لها جائز.

والثاني: لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك بنتًا وعصبة؛ فإن كن صغارًا منها لم يجز إقراره لها اتفاقًا، وأما إن كان الولد ذكورًا وكان واحدًا، فإقراره لها جائز، فإن كان الولد عددًا فإقراره جائز؛ إلا أن يكون بعضهم صغيرًا منها وبعضهم كبيرًا منها أو من غيرها فلا يجوز إقراره لها، وإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عاقًا، لم ترتفع عنه التهمة وبطل على ما في سماع أصبغ من "العتبية" وإحدى الروايتين في "الْمُدَوَّنَة"، وإن كان بعضهم عاقًا وبعضهم بارًّا به خرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة، وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لزوجها، ولا فرق أيضًا بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين، أو بأنه قبض ما له عليه من دين.

(ص): **(الْمُقَرُّ لَهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَبْدًا أَوْ حَمْلًا)**

(ش): أي: يشترط فيه أن يكون أهلا للاستحقاق، فلو قال: لهذا الحجر أو الفرس عليَّ ألف، بطل. وصح الإقرار للعبد أو الحمل؛ لأنهما أهلان لذلك.

(ص): **(وَلَوْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلانَةٍ عَلَيَّ أَلْفٌ لَزِمَهُ، أَطْلَقَ أَوْ قَيَّدَ إِنْ وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ**

---

(١) انظر: شرح خليل، للخرشي: ٣٨٨/١٧.

فَأَقَلَّ مِنَ الإِقْرَارِ...)

(ش): يعني: بـ (أَطْلَقَ) أن يقول: لحمل فلانة عليَّ ألف، وبالتقييد أن يقول من هبة أو صدقة، ولا إشكال إن قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا.

وأما إن قال: أقرضنيها، فقال سحنون: يلزمه أيضًا ويعد ذلك منه ندمًا.

وقال ابن عبد الحكم: إذا قال من كراء هذا الجنان والفدان، وخرج عدم اللزوم إذا أطلق ما في "الْموازية" في القائل لك: عليَّ مائة أو على فلان، فلا يلزمه لعدم تحقق عمارة الذمة[1].

محمد: إلا أن يقول: عليَّ أو على ابن شهر؛ فتلزمه لكون ابن شهر لا يصح أن يملك ولا أن يكتسب، فإذا رأى محمد أن التردد بين الرجلين يبطل الإقرار، وأن التردد بينه وبين صبي بخلاف ذلك، وأنه كالقائل: لفلان على العبد درهم، أو عند هذا الحجر؛ دل على أن محمدًا يبطل الإقرار لابن شهر: وإذا بطل لابن شهر فالحمل أولى، وفي هذا التخريج نظر؛ لأن محمدًا إنما صحح هذا الإقرار في قوله: لك عليَّ أو على ابن شهر؛ لأنه إقرار على ابن شهر، وابن شهر يبعد في العادة أن يكون عليه ألف، بخلاف الإقرار فإنه يصح أن يملك ولا يمكن أن يخالف فيه.

وخرج بعضهم أيضًا البطلان في التقييد بما لا يصح أن يصدر من الحمل من أحد القولين، فيمن علق طلاق امرأته على مشيئة الحجر؛ إذ لا يلزمه، ولا يعد ذلك ندمًا؛ لأن الحجر لا يقبل المشيئة أصلا بخلاف الطفل.

وقوله: (إِنْ وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ) هو شرط في لزوم الإقرار للحمل؛ لأنه حينئذ تبين أنه كان موجودًا، ولهذا قال:

(ص): **(وَإِنْ وَضَعَتْهُ لأَكْثَرِ وَهِي تُوطأُ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَوْطُوءَةٍ لَزِمَ لأَرْبَعِ سِنِينَ)**

(ش): ولو قال: فإن وضعته لستة، لكان أحسن؛ لأن حكمها حكم الأكثر في اللعان وغيره، فإنما لم يلزمه إذا كانت موطوءة؛ لاحتمال أن تكون إنما حملت بعد الإقرار، وأما إن لم تكن موطوءة؛ فإنه يلزم لأربع سنين، هكذا في "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ"، ولعل المصنف اقتصر على الأربع لكونها المنصوصة، وإلا فالجاري على المشهور كما

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٣١.

قدمه خمس[(١)].

ولو قال: لدون أقصى أمد الحمل لأجاد لشموله، وفهم من كلامه أنها لو وضعته لأكثر من مدة لحلم أنه لا يكون للمولود شيء، ولا شك في ذلك.

(ص): (وَلَوْ وَضَعَتْ تَوْأَمَيْنِ فَلَهُمَا، أَوْ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا)

(ش): تصوره واضح ولم يكن للميت شيء؛ لأنه لا يصح تملكه، وهذا إذا وضعته ميتًا، وأما إن وضعته حيًّا ثم مات فلورثته.

وقوله: (فَلَهُمَا) أي: على التسوية، ولا إشكال في هذا إن وضعته ذكرين أو أنثيين، وأما إن وضعته ذكرًا وأنثى، فإن أقر بوجه لا يقتضي تفضيل الذكر على الأنثى فكذلك، وأما لو قال: لحمل فلانة عندي ألف من دين أبيه؛ فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

قاله ابن سحنون وقاله ابن عبد الحكم، إذا قال: هذه الدار لحمل فلانة ملكًا عن أخ شقيق، وإن كانت المرأة زوجته فلها الثمن من ذلك، وإن قال: عن أخ لأم فهو بينهما نصفان.

والثالث: يقسم المال على ثلاثة فيأخذ كل واحد منهما جزءًا من الجزء الثالث؛ يدعي الذكر كله وتدعي الأنثى نصفه، فقد سلمت نصفه للذكر يأخذه ويبقى نصفه ويقسم بينهما لتداعيهما فيه، فيكون للذكر سبعة من اثني عشر وللأنثى خمسة.

قال: وبالأول أقول، قال: وإن قال هو ميراث لهما عن بعض قرابتهما، كان بينهما نصفين إن مات المقر، ويصح عندنا الإقرار للمجنون كالحمل بل هو أولى.

(ص): (وَلَوْ أَكْذَبَ الْمُقَرُّ لَهُ لَبَطَلَ، وَلا رُجُوعَ لَهُ إِلا بِإِقْرَارٍ ثَانٍ)

(ش): يعني: أن من شرط إعمال الإقرار أن يصدقه المقر له؛ إذ لا يدخل ملك المقر في ملك أحد جبرًا ما عدا الميراث، ونظيرتها المسألة التي قدمها المصنف في (باب النكاح).

قال: لو قال: تزوجتك فأنكرت، ثم قالت: نعم فأنكر، فليس بإقرار؛ لأن من شرط صحة الإقرار أن يتفق المقر والمقر له في تصديق كل واحد منهما صاحبه في وقت واحد[(٢)].

---

(١) انظر: مواهب الجليل: ٦٨/٧.

(٢) انظر: المدونة: ٥٩٥/٣.

(ص): (**الْمُقَرُّ بِهِ يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ**)

(**ش**): كما لو قال: عندي شيء، فيقبل تفسيره كما سيأتي.

(ص): (**وَمَنْ أَقَرَّ أَوْ شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَثَالِثُهَا: إِنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِجُرْحَةٍ لَمْ يُعْتَقْ**)

(**ش**): اعلم أنه يشترط في إعمال الإقرار أن يكون المقرُّ به في يد المقر، ولذلك لو أقر بعبد في يد زيد أنه لعمرو لم يقبل إقراره على من هو في يده، وعطف المصنف الشهادة على الإقرار؛ لأن الشهادة إنما تكون عند الحاكم.

وقوله: (ثُمَّ اشْتَرَاهُ) لا يريد خصوصية الشراء، بل وكذلك لو ملكه بأي وجه كان؛ كهبة أو صدقة، أو إرث، وحكى ثلاثة أقوال، القول الثالث لا يتأتى في مسألة الإقرار، والقول بعتقه عليه في القضاء والفتيا هو المشهور؛ لأنه معترف بكلامه أنه لا يقبل الملك، والقول بعدم عتقه لأشهب وعبد الملك؛ لأن إقراره على ملك غيره باطل.

أشهب: بشرط أن يحلف، وأما إن نكل فإنه يعتق عليه.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وعلى هذا فيشترط ألا يتمادى على قوله الأول، وأما إن تمادى عليه فيعتق.

الثالث للمغيرة خاص بمسألة الشهادة: إن ردت شهادة الشاهد بجرحة لم يعتق عليه، وإن ردت لغير ذلك؛ لأنه انفرد بما شهد عتق عليه؛ لأن الشهادة كلما ردت بجرحة بطلت فلم يؤثر في العتق؛ يريد: بشرط ألا يتمادى على إقراره، وحكى ابن عبد السلام في (باب الأقضية)، قوله: بأنه لا يعتق ولو تمادى على إقراره.

فرعان:

أولهما لابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة": فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده، فإن أخبر أنه علم ذلك منه وسمعه أعتقه وليس بخبر غيره رأيت أن يعتق عليه.

قال في "البَيَان": وهو تفسير "الْمُدَوَّنَة".

الثاني: إذا فرعنا على المشهور فولاؤه عند ابن القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه، وقال أشهب والمغيرة: للذي عتق عليه.

(ص): (**الصِّيغَةُ: لَكَ عَلَيَّ، أَوْ عِنْدِي، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ**)

(**ش**): **هذا ظاهر، واعلم أن الإمام قل أن يوجد له نص في مسائل الإقرار، فلذلك**

تجد أكثر مسائله مشكلة كما سيظهر لك[1].

(ص): (**وَمِثْلُهُ: وَهَبْتَهُ لِي، أَوْ بِعْتَهُ مِنِّي**)

(ش): يعني: أَن الألفاظ الأولى تجري مجرى الصريح، وهذه تدل على ثبوت الحق لزومًا، فقوله: (**وَمِثْلُهُ**) في ثبوت الحق.

(وهَبْتَهُ لِي)؛ لأنه أقر له بالملك وادعى عليه، نعم يحلف للمقر له أنه لم يبع بالاتفاق، وفي توجيه اليمين عليه أنه لم يبع قولان.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: سَاهِلْنِي فِيهَا وَشِبْهِهِ فَإِقْرَارٌ**)

(ش): هكذا قال ابن عبد الحكم، وكذلك عنده إذا قال: انتزعتها مني، ولو قال: والله لأقضيَنَّكما اليوم، أو قال: لا أعطيكما، وقال: لا إنها لك، وقال: لا تأخذ اليوم مني فإقرار.

(ص): (**وَحَتَّى يَأْتِي وَكِيلِي وَشِبْهُهُ، قَوْلانِ**)

(ش): اللزوم لابن سحنون، ومقابله لابن عبد الحكم.

ابن سحنون: ولو قال حتى يدخل علي من فائدة أو ربح، أو حتى يقدم مالي أو غلامي، أو حتى يأتي وكيلي، أو يقضي غريمي، فهو إقرار.

وقال ابن عبد الحكم: اتزن أو اجلس، فانتقد أو زن لنفسك، أو حتى يأتي وكيلي يزن لك، فليس بإقرار، حلف كما قال: حتى يأتي وكيلي أو غلامي الذي فكها منك، فهو إقرار منه أن الوكيل أو الغلام قبضها وليس بإقرار منه أنها عليه، وقد يقول: حتى يأتي وكيلي أو غلامي فاسأله، ومنشأ الخلاف هل ذلك وعد بالقضاء أو كالاستهزاء.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم، ومن جهة العرف قول سحنون[2].

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا، مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا وَشِبْهَهُ: لَمْ يَلْزَمْهُ**)

(ش): لأن كلامه ظاهر في الاستهزاء.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وكذلك إذا أجاب بقوله: ما أبعدك منها وحده.

(ص): (**وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عِنْدَكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ لَزِمَهُ**)

(ش): فإن كلامه في (بَلَى) ظاهر؛ لأنها توجب النفي.

---

(١) انظر: شرح ميارة: ٢/٢٠١.

(٢) انظر: منح الجليل: ١٣/٩٠.

وأما (نَعَمْ)، فإنما ألزم بها قضاء على عرف الناس، وإما على مقتضى اللغة على المذهب الصحيح؛ لأنها تقرن ما قبلها من النفي أو غيره، ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى﴾ [الأعراف: ١٧٢]، لو قالوا: نعم لكفروا؛ أي: لأنهم قالوا لست بربنا، وينبغي إذا صدر نعم من عارف باللغة ألا يلزمه شيء، ولبعض النحويين أن (نَعَمْ) كـ (بَلَى).

قال في "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ"، ومن قال لرجل: أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم، فقال الطالب: بلى أو نعم، فجحد المقر بالمال يلزمه، ولو قال: أما أقرضتني، أو قال: ألم تقرضني، فهو سواء يلزمه إذا ادعى الطالب المال، وهذا نحو ما ذكره المصنف؛ لكن قال ابن عبد الحكم: يحلف المقر ولا يلزمه شيء، وإنما سأله لاستفهام ما عنده من العلم، فليس قوله: أليس بإقرار، وكذلك قوله: ألم تقرضني كذا؟

خَلِيلٌ: وهذا موافق لقول أكثر النحويين، فإن ابن عبد الحكم ساوى بين الجواب بـ (بلى)، و(نعم)، وحمل الكلام على الاستفهام كما ذكر لا على أنه أقر، حتى ينظر في جواب المقر هل وافق على ذلك الإقرار، أم لا.

ابن عبد الحكم، وابن المواز: وأما إن قال: لا أوفيك العشرة الدراهم التي لك عليَّ، فقال: لا، فهو إقرار ويغرم العشرة.

قال: وإنما استفهم ذلك الإقرار في القضاء[1].

(ص): **(الْمُجْمَلَةُ: لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ وَإِنْ قَلَّ)**

(ش): لأن شيئا أنكر النكرات فيصح أن يفسر بكل شيء، وإن خالفه المقر له حلف على رد دعواه.

وفي "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ": فيمن أقر أنه غصب فلانًا شيئًا ولم يبينه، ثم قال: هو كذا.

وقال الطالب: هو كذا ولم يقل شيئًا، القول قول الغاصب فيما ذكر مع يمينه، وإن ادعى الطالب غيره، فإن نكل الغاصب فالقول قول الطالب مع يمينه، فإن أبى المقر أن يسمي شيئًا جبر أن يسمي ما أقر به، وإلا سجن حتى يذكر شيئًا وإن طال قوله، وقيل: هكذا وقع في بعض النسخ وهو صحيح؛ لأن هذا منسوب لابن الْمَاجِشُون، وفي بعضها، وقالوا: ولعل ذلك من المصنف إشارة إلى تخريج الخلاف في كل من

(١) انظر: حاشية الدسوقي: ١٣/٤٧٠.

المسألتين، والفرق بينهما، أن عرف الناس في قولهم: له عندي مائة وشيء أنها مائة كاملة، بخلاف ما إذا أقر بشيء مفردًا.

ابن شاس - بعد أن ذكر كلامًا عن ابن الْمَاجِشُون -: ولو قال: مائة وشيء؛ اقتصر على المائة؛ لأن الشيء الزائد لا يمكن رده إلى تقدير، كرد الشيء المستثنى فيبطل، إذ هو شيء لا مخرج له.

ابْنُ رَاشِدٍ: وحكى غيره عن ابن الْمَاجِشُون أنه قال: إذا أقر في مرضه بعشرة دنانير وشيء ثم مات ولم يُسأَلْ، أن الشيء يسقط لأنه مجهول ويلزم ما سمى، وكذلك لو شهدت بينة بذلك على رجل ولم يعرف كم الشيء؛ فيسقط الشيء ويثبت العدد، فقوله: ثم مات ولم يُسأَل. يقتضي أنه لو عاش سئل، ومقتضى ما حكاه ابن شاس أنه لا يُسْأَل. انتهى.

(ص): (**وَلَهُ فِي هَذِه الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ أَوِ الْحَائِطِ حَقٌّ وَفَسَّرَهُ بِجِذْعٍ أَوْ بَابٍ مُرَكَّبٍ، فَثَالِثُهَا: الْفَرْقُ بَيْنَ مِنْ وَفِي...**)

(ش): القولان الأولان لسحنون، فإنه يقول أولا يقبل ذلك منه، ثم رجع إلى أنه لا يقبل.

والثالث لابن عبد الحكم: إن قال (مِنْ) لم يقبل منه ما ذكر، ورأى أن (مِنْ) للتبعيض، ورأى كونها لابتداء الغاية أو غير ذلك بعيد، أو إن قال: (فِي) قبل منه ذلك؛ لأنها تقتضي الظرفية، فظاهره أن الحق في الدار لا من الدار، وظاهر ما في "النوادر" أن الخلاف إنما هو في (فِي)، وأما (مَنْ) فلا يقبل منه إلا أن يقر بشيء من رقبة الدار، وقاله ابن رشد، وأما إن لم يقيد بالدار بل قال: لك عليَّ حق، فهو مثل قوله: لك عليَّ شيء، فلو فسره بأن قال: أردت حق الإسلام، ففي "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ": لا يصدق. ولا بد أن يقر بشيء له ويحلف على نفي دعوى الطالب إن ادعى أكثر منه.

قال: وكان سحنون ينظر فيه على نحو ما ينزل مما يتكلمان فيه، وإن كانا تنازعا في ذلك المال أخذناه بذلك، وإن تنازعا فيما يجب لبعض على بعض من حق وحرمة لم يؤخذ هذا المال[1].

(ص): (**وَلَهُ عَلَيَّ مَالٌ. قِيلَ: نِصَابٌ، وَقِيلَ: رُبُعُ دِينَار، أَوْ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، وَقُبِلَ تَفْسِيرُهُ**)

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٧/٤٨٠.

(ش): الأول هو المشهور في المذهب وهو منسوب لابن وهب، وقوله: (نِصَابٌ)؛ أي: عشرين دينارًا من الذهب ومائتا درهم من الورق، ومثله لابن المواز فيمن أوصى أن لفلان عنده مالا.

والقول الثاني لابن القصار، وذكر أنه لا نص لمالك في ذلك، وأن ذلك هو الذي يوجبه النظر عنده على مذهب مالك.

والقول الثالث في "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ" وهو اختيار الأبهري.

(ص): (**وَمَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ. وَقِيلَ: مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ. وَقِيلَ: قَدْرُ الدِّيَةِ**)

(ش): قال الأبهري، إذا قال له: علي مال **عظيم** أو نفيس؛ فهو مثل قوله: عليَّ مال، فيقبل تفسيره.

وقال غيره: يلزمه ثلاثة دراهم أو ربع دينار.

وقال ابن القصار: الذي يقوى في نفسي أنه يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق. وقاله سحنون وغيره، وهذا معنى قوله: (**وَمَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ**).

وقوله: (وَقِيلَ: مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ. وَقِيلَ: قَدْرُ الدِّيَةِ) أي: هذان القولان زائدان على الثلاثة المتقدمة في المسألة السابقة، وفي عد المصنف لهما قولين نظر؛ لأن ابن شاس وغيره ذكروا أن عبد الوهاب رأى أنهما وجهان تحتملهما المسألة فقط، على أن هذا كله استحسان[1].

(ص): (**وَلَهُ كَذَا مِثْلُ شَيْءٍ**)

(ش): أي: فيقبل تفسيره، وقد تقدم أن (شيئًا)، أنكر النكرات عند النحويين فيكون أنكر من كذا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو ظاهر كلام الفقهاء فـ (شَيْء) يقبل التفسير بأجزاء المتملكات، وكذا لا يفسر بالأجزاء وإنما يفسر بالواحد الكامل.

(ص): (**فَأَمَّا كَذَا دِرْهَمًا فَعِشْرُونَ**)

(ش): لأنه إنما يميز بالواحد المنصوب من العشرين إلى التسعين، فأثبت المحقق وألغى المشكوك؛ لأن الأصل براءة الذمة، لكن يحلف عليه إن ادعى المقر له أكثر.

(ص): (**وَكَذَا كَذَا دِرْهَمًا أَحَدَ عَشَرَ**)

(ش): لأنه كناية عن المركب، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ٩/٢٣٢.

(ص): (وَكَذَا وَكَذَا أَحَدٌ وَعِشْرُونَ)

(ش): لأن المعطوف في العدد غير المركب من أحد وعشرين إلى تسع وتسعين، وعلى هذا لو قال: كذا درهم، للزمه مائة؛ لأنها أول عده يضاف إلى المركب، ولو قال: كذا دراهم لزمته ثلاثة، وما ذكره المصنف هو قول ابن عبد الحكم، وهو جار على مقتضى اللغة، وينبغي هنا أن يرجع إلى العرف ولهذا قال:

(ص): (وَقَالَ سُحْنُونٌ: مَا أَعْرِفُ هَذَا وَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ، وَلَهُ خَمْسُونَ وَنَيِّفٌ فَقِيلَ فَتَفْسِيرُهُ. وَقِيلَ: ثَلاثَةٌ، وَقِيلَ: ثُلُثُ الأَوَّلِ...)

(ش): تفسيره: يقبل تبيينه ولو بجزء من واحد، وهو قول ابن شعبان، والقولان الآخران حكاهما في "النوادر " ولم يعزهما.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: إن أقر بهما إلى اللغة الثاني.

الجوهري: النيف الزيادة يخفف ويشدد وأصله من النواف، يقال: عشرة ونيف، ومائة ونيف، وكلما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني.

قال: وهذا يدل على فساد القول الثالث؛ لأن ثلث الخمسين يزيد على الستين.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وقد يقال هذا إنما يرجع إلى الأول؛ لأنه إنما قال: النيف لمطلق الزيادة لا يقيد كونها ثلاثة، وينبغي أن يعول على العرف إن كان وإلا فعلى اللغة.

(ص): (وَفِي أَلْفٍ وَدِرْهَمٍ وَشِبْهِهِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِثْلَ أَلْفٍ وَوَصِيفٍ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ، وَإِلا فَمَعْطُوفُهَا...)

(ش): يعني: اختلف إذا ذكر عددًا مبهمًا، ثم عطف عليه عددًا مفسرًا، هل يكون المعطوف مفسرًا للمعطوف عليه أولا فيقبل تفسيره في المعطوف عليه، أو يفرق؟ فإن كان المعطوف جرت العادة بالتعامل به؛ كالدرهم، والفلس، والبيضة، والجوزة، كان مفسرًا للمعطوف عليه أولا كوصيف وكتاب، فيقبل تفسيره مطلقًا لابن القصار، ولا أعلم صاحب مقابله، وفيه إشكال في مثل ألف ووصيف، والثالث في "كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونِ".

(ص): (وَالْوَصِيَّةُ بِجُلِّ الْمائةِ وَقُرْبِهَا وَنَحْوِهَا. قِيلَ: الثُّلُثَانِ فَمَا فَوْقَهُ بِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ. وَقِيلَ: الثُّلُثَانِ. وَقِيلَ: خَمْسُونَ)

(ش): الأول نقل سحنون أن عليه أكثر الأصحاب. قال: وقال بعضهم: يلزمه ثلثًا المائة، وقال آخرون: يلزمه النصف وشيء، وذلك أحد وخمسون وفيه بعد، إذ لا

يستعمل في العرف جل المائة وقربها ونحوها في أحد وخمسين[(١)].

(ص): (**وَقَالُوا فِي مائَةِ إلا قَلِيلا، وَإِلا شَيْئًا كَذَلِكَ**)

(ش): أي: القائلون الثلاثة في المسألة السابقة هنا كذلك، وكذلك النقل، ويحتمل عدها على أهل المذهب، وهذه المسألة نص عليها سحنون في الوصية وجعلها مع الأولى مسألة واحدة[(٢)].

فإن قيل: فلم قال المصنف قالوا ومن عادته ألا يفعل ذلك إلا للإشكال؟

قيل: لأنه رآها بخلاف ما بعدها، وهو قوله:

(ص): (**وَقَالُوا: لَوْ أَقَرَّ بِمائَةٍ إلا شَيْئًا لَزِمَهُ أَحَدٌ وَتِسْعُونَ، وَفِي عَشَرَةِ آلافٍ إلا شَيْئًا تِسْعَةُ آلافٍ وَمائَةٌ...**)

(ش): ولعله أشار إلى تخريج الأقوال السابقة، وتخريج هذا القول في المسألة السابقة، ويحتمل أن يكون أشار إلى ضعف ما أشار إليه ابن شاس وغيره؛ لأنهم أتوا بالمسألتين السابقتين في (باب الإقرار)، فيفهم من ذلك أنهم رأوا أن (باب الإقرار) مساو لباب الوصية، وإلا لما أتوا بالمسألتين في (باب الإقرار). أشار المصنف إلى ضعف هذا وأنه لا ينبغي أن يخرج من أحدهما في الأخرى؛ لأنهم قضوا في الوصية بمائة إلا شيئًا على حكم آخر، وفي هذا بعد، وفي قوله: (وَقَالُوا: لَوْ أَقَرَّ... إلخ) نظر؛ لأن كلامه يقتضي أن أهل المذهب كلهم أو أكثرهم قالوا هذا، إنما هو لابن الْمَاجِشُون.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ولا نعلمه لغيره، وهو مبني على مذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد، وإنما يجوز استثناء الكسر، فلا تجوز عنده: له عليَّ عشرة إلا درهم. وإنما يجوز إلا نصف درهم وشبهه، ولا يجوز مائة إلا عشرة؛ لأن العشرة آحاد المائة، فلذلك لزمه أحد وتسعون اكتفاء بمطلق القلة عن عشرة، وكذلك لا يجوز عنده عشرة آلاف إلا ألف؛ لأن نسبة الألف إلى العشرة كنسبة العشرة إلى المائة، ولذلك لزمه تسعة آلاف ومائة.

(ص): (**وَدِرْهَم عَلَى التَّعَامَلِ بِهِ عُرْفًا وَلَوْ مَغْشُوشَةً، وَإِلا فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ مِنَ الْفِضَّةِ**)

---

(١) انظر: الكافي: ٢/٧٨٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/٢٢.

(ش): وإن لم يكن عرفٌ فيحمل على الدرهم الشرعي، وهو معنى قوله: (فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ) أي: على ما تقدم في (باب الزكاة)، وينبغي إن كان في البلد دراهم مختلفة الوزن والجودة أن يحمل كلام المقر على أقلها وزنًا وصفةً؛ فإن خالفه المقر له حلف كما تقدم، وينبغي أن يقيد ما ذكره من إلزامه الدرهم الشرعي إذا لم يكن عرف بما إذا كان تكلم بمتعدد فالدرهم الشرعي.

(ص): (فَلَوْ فَسَّرَ مُتَّصِلا قُبِلَ)

(ش): أي: إذا قال متصلا نَاقِصًا أو مغشوشًا قبل ذلك منه، ولا يقبل إذا كان غير متصل.

وهكذا قال ابن المواز: وهو صحيح إن فسرها بما يقبله الكلام على بعد، وأما إن قال: درهم رصاص وشبهه لم يقبل، وصرح في "الْجَوَاهِر " بأنه لا يقبل تفسيره في الفلوس؛ أي: سواء كان متصلا أم لا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ولعل مراد المؤلف أن المقر لم يبين الوجه الذي تعلقت به الدراهم في الذمة، وأما لو أقر بأنها تقررت من بيع وخالف في ذلك المقر له؛ لرجع الحكم فيها إلى ما تقدم من اختلاف المتبايعين، ولو قال: من فرض، فإن أقر بما يقرضه الناس غالبًا قبل منه، وإن أقر بما لا يقرضه الناس غالبًا.

فقال سحنون: اختلف أصحابنا فيمن أقر بفلوس وقيدها بأنها الفلوس الكاسدة وأنها من قرض.

قال بعضهم: يقبل: وقال بعضهم: لا يقبل. ولو وصل إقراره بقوله إنها وديعة، ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوف أو بهارج لقبل ذلك منه، بخلاف أن لو كان ذلك من غصب أو قرض.

وذكر ابن عبد الحكم فيمن أقر بدراهم وديعة، ثم قال: هي مغشوشة، فإنه اختلف قول ابن القاسم هل يقبل ذلك منه، أم لا.

(ص): (وَدَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ، قِيلَ: أَرْبَعَةٌ، وَقِيلَ: تِسْعَةٌ. وَقِيلَ: مائتَانِ)

(ش): الأول لابن عبد الحكم، ووجهه: أنه قال دراهم، فلزمه ثلاثة حملا على أقل الجمع؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد فزيد لأجل الكثرة درهم؛ لأن ما زاد على ذلك مشكوك فيه، ويفهم من هذا أن ابن عبد الحكم يوافق مالكًا في لزوم ثلاثة في قوله: عندي دراهم.

ومخالف لابن الْمَاجِشُون في قوله أنه لا يلزمه إلا درهمان، بناء على أن أقل

الجمع اثنان.

قوله: (وَقِيلَ: تِسْعَةٌ) لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات. وقيل: مائتان؛ لأنهما نصاب الزكاة، وفي هذين ضعف.

ابْنُ رَاشِدٍ: وقيل: يلزمه خمسة؛ لأن الأعداد منها قليل وكثير، ولا قليل ولا كثير، والقليل ثلاثة، ولا قليلا ولا كثيرا أربعة.

وقال عبد الوهاب في "المعونة": تلزمه ثلاثة؛ لأنه أقل الجمع، وهي كثيرة بالنسبة إلى الاثنين.

(ص): **(وَلا قَلِيلَةٌ وَلا كَثِيرَةٌ أَرْبَعَةٌ)**

(ش): هكذا نص عليه ابن عبد الحكم، ولعله كالمخالف لقوله في التي قبلها، وهذا كله استحسان.

(ص): **(وَمِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ. قِيلَ: تِسْعَةٌ. وَقِيلَ: عَشْرَةٌ)**

(ش): لا شك في دخول الدرهم الأول، فالقولان في الدرهم العاشر مبنيان على أن ما بعد (إِلَى) هل يدخل أم لا؟ وقد اختلف أهل اللغة في ذلك، ولذلك اختلف الفقهاء في المرفقين وغيرهما.

(ص): **(وَمَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ. قَالَ سُحْنُونٌ: عَشَرَةٌ مَرَّةً، وَتِسْعَةٌ مَرَّةً، وَثَمَانِيَةٌ مَرَّةً)**

(ش): حقيقة الكلام تمنع الدرهم الأول من الدخول، وقولان في الدرهم العاشر كالقولين في الفرع السابق، ويرى من ألزمه الدرهم الأول أن العرف يقتضي ذلك.

(ص): **(وَعَشَرَةٌ فِي عَشَرَةٍ. قِيلَ: عِشْرُونَ، وَقِيلَ: مائَةٌ)**

(ش): الأول أقرب إلى عرف العامة، والثاني لسحنون وهو الجاري على اصطلاح الحساب، ولو فرق بين أهل الحساب وغيرهم لكان حسنًا.

(ص): **(بِخَلافِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ فِي عَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وَبِخِلافِ عَشَرَةٍ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهَا عَشَرَةٌ فِيهِمَا)**

(ش): لأن ضرب الحساب هنا لا يتأتى؛ لاختلاف الجنس فيكون المعنى: له عندي عشرة دراهم ووعاؤها عشرة دنانير.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهذا هو الذي يعطيه كلام المؤلف لتعقبه بالكلام على الوعاء.

(ص): **(وَثَوْبٍ فِي صُنْدوقٍ أَوْ فِي مِنْدِيلٍ، فِي لُزُومِ ظَرْفِه قَوْلانِ)**

(ش): يعني: إذا قال له عندي ثوب في صندوق أو في منديل ونحو ذلك، فلا

خلاف في لزوم الثوب، واختلف في الظرف.

فقال سحنون، عن أبيه فيمن قال: غصبت فلانًا ثوبًا في منديل، يأخذه بثوب ومنديل ويكون مصدقًا في صفتهما، وكذلك عشرة أثواب في عيبة.

وقال ابن عبد الحكم: لا يلزمه المنديل ولا العيبة.

قال في "النوادر"، ولو قال: غصبتك ثوبًا في ثوب لزمه ثوبان، وكذلك عشرة في ثوب لزمه أحد عشر، بخلاف ثوب في عشرة، فإن العرف أن الثوب يكون وعاء لمثله ويكون وعاء العشرة، ولا يكون الثوب في عشرة أثواب.

قال: وفي المسألة قولان - أي: في ثوب في عشرة أثواب - أحدهما: لا يلزمه إلا ثوب.

والثاني: يلزمه أحد عشر. انتهى بمعناه.

(ص): (**بِخِلافِ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ**)

(**ش**): ظاهره أنه يتفق هنا على لزوم الجرة، والفرق بينه وبين الأول، أن الزيت يفتقر إلى الجرة، بخلاف ما تقدم وليس كذلك، فإنه حكى في "النوادر " الاختلاف هنا عمن حكى عنه الخلاف في المسألة السابقة.

(ص): (**وَجُبَّةٍ بِطَانَتُهَا لِي، وَخَاتِمِ فِضَّةٍ لِي نَسَقًا يُقْبَلُ**)

(**ش**): هذا إذا كان إقراره مجردًا عن الغصب، وأما إن قال: غصبته هذا الخاتم وفصه لي.

فقال أشهب: وابن سحنون: هذا مثل الإقرار المجرد.

وقال ابن عبد الحكم: الفص للمقر له، ولو قال: لا أعلم، لحلف ما علم ذلك وكان له الفص.

واحترز بقوله: (نَسَقًا) مما إن ذكر ذلك بعد مهلة، فإنه لم يسمع منه، وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم ووافقه في القائل في باب: هذه خشب، هذا الباب لفلان ومساميره لي، أو خشبه لي ومساميره لفلان، فهو كما قال ويكونان شريكين بمقدار المسامير من الخشب.

ابن المواز: وإن قال: هذا الباب لفلان ومساميره لي. فقال أشهب: هو كما قال، وكأنه عندنا ليس باستثناء من ابن عبد الحكم، وأنا أرى أن الباب كله للمقر له وليس باستثناء.

(ص): (**وَلَوْ أَشْهَدَ فِي ذِكْرٍ بِمائَةٍ، وَفِي آخَر بِمائَةٍ فَآخِرُ قَوْلَيْهِ مائَةٌ**)

(ش): يعني: إذا أقر على نفسه في وثيقة، وهي معنى قوله: (فِي ذِكْرٍ)، أن لفلان عليَّ مائة ولم يذكر سببها، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة، فآخر قولي مالك: إنما تلزمه مائة؛ لاحتمال أن تكون المائة الأولى من الثانية، ويحلف المقر على ذلك. ورأى في القول الآخر أن الغالب أنه إنما أشهد في الذكر الآخر بحق آخر.

سحنون: واتفق الأصحاب جميعًا أنه إذا أقر له بمائة بعد المائة فلا يلزمه إلا بمائة؛ أي: بخلاف الإشهاد أما لو ذكر السبب وكان السببان مختلفين؛ لزمه مائتان بلا إشكال.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وكذلك عندي إذا كان الإقرار مجردًا، غير أن إحدى المائتين حالة والأخرى مؤجلة وتاريخها بعد تاريخ الأولى.

(ص): (**وَبِمائَةٍ وَبِمائَتَيْنِ فِي مَوْطِنَيْنِ، ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ أَوَّلا لَزِمَتْ ثَلاثُ مائَةٍ**)

(ش): يعني: إذا أقر بمائة في موطن، ثم أقر بمائتين أو تقدم الإقرار بالمائتين.

فقال محمد: يلزمه ثلاث مائة نظرًا إلى اختلاف المالين.

وقال ابن سحنون: اضطرب قول مالك في هذا، وآخر قوليه أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد، ثم لا يلزمه إلا مائتان، وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون، ونقل ابن حبيب، عن أصبغ التفرقة، فإن أقر بالأقل أولا صدق المقر؛ لأن الأقل دخل في الأكثر، وإن أقر بالأكثر فهما مالان، عادة الناس إذا تقدم الأقل ثم زادوا عليه أن يجمعوه مع الأقل، بخلاف ما إذا تقدم الأكثر، ولهذه المسألة والتي قبلها شبه بتكرر الوصية.

(ص): (**تَعَقَّبَهُ بِالرَّافِعِ**)

(ش): أي: تعقب الإقرار بما يتوهم أنه رافع.

(ص): (**فَقَالَ: أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ وَشِبْهِهِ فَأَنْكَرَ لَزِمَهُ، بِخِلافِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ خَمْرًا بِأَلْفٍ**)

(ش): لأن قوله: عليَّ ألف، إقرار بألف. وقوله بعد ذلك: إنها من ثمن خمر أو ميتة أو شيء لا يصلح بيعه يعد ندمًا، ولذلك إذا أنكر لزمه الألف.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهذا صحيح على قول من يبعض كلام المقر من أصحابنا، وأما من لا يبعضه فالأقرب أنه لا يلزمه شيء؛ لأن أول الكلام مرتبط بآخره.

وقوله: (بِخِلافِ... إلخ)، أي: فلا يلزمه شيء؛ لأنه هنا لم يقر بشيء في ذمته.

(ص): (**وَكَذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ**)

(ش): أي: وكذلك تلزمه الألف؛ لأن قوله: (وَلَمْ أَقْبِضْهُ) يعد ندمًا كالأول، وهذا

قول ابن القاسم، وسحنون، وغيرهما.

ابن شاس: وقيل: القول قوله وعلى البائع البينة أنه سلم العبد إليه.

(ص): (**بِخِلافِ اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ**)

(ش): أي: فلا يلزمه شيء؛ لأن قوله: (اشْتَرَيْتُهُ) لا يوجب عمارة الذمة، إلا بشرط القبض في البيع فهو لم يقر به، وفيه بحث لا يخفى عليه.

(ص): (**وَعَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ حَرِيرٍ، ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّه رِبًا، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ قَضَيْتُهُ...**)

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ حرير، وكذلك وقع في نسخة ابْنُ رَاشِدٍ، وابن شاس، وهو الصواب، وما وقع في بعض النسخ خنزير فليس بصحيح؛ لقوله: (ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِبًا، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ)، إذ هو حرام من أصله، ومعنى كلامه: إذا أقر لفلان أن له عليه ألف درهم.

قال في "الْجَوَاهِرِ": ثم أقام بينة أنه ربا.

وقال سحنون: تقبل منه البينة أن ذلك ربا ويرد ذلك أصل رأس ماله وبالأول قال سحنون.

خَلِيلُ: وَعَلَى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجه: إن لم يكن إلا دعواه أنه ربا، لم تقبل اتفاقًا، وإن أقام بينة على إقرار الطالب أن التبايع لم يقع بينهما إلا على الربا الذي ادعاه المقر؛ قبل باتفاق.

وإن قالت: البينة نشهد أن له عليه ألفًا من ربا، وفي معناها أن تشهد على أن الطالب أقر أن عنده ألفًا من ربا، فالأصح عدم القبول خلافًا لابن سحنون. وصحح المصنف الأول؛ لأنه لا منافاة بين هذه الشهادة وبين ما ذكر المقر؛ لإمكان وقوع يتعين منهما اشترى منه حريرًا بألف في زمان واشترى منه بعد ذلك أو قبله من الأشرية الربوية بألف.

وقوله: (كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ قَضَيْتُهُ)، أي: لا تقبل بينته أنه ربا، كما لا يقبل منه دعوى القضاء في قوله: عليَّ ألف لفلان قضيته.

(ص): (**بِخِلافِ إِقْرَارِ الْمُقرِّ لَهُ**)

(ش): أي: بأنه ربا، ولا إشكال في هذا.

(ص): (**وَأَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللهُ يَلْزَمُهُ**)

(ش): هكذا نقل ابن سحنون عن جميع أصحابنا، ووجهه أنه لما لفظ بإقرار فقد

علمنا أن الله شاء بحكمه، والقاعدة أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين بالله تعالى.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه شيء، وكأنه أدخل ما يوجب الشك، واختلف أيضًا في القائل: لك عليَّ ألف إن قضى الله تعالى ذلك، وإذا أراد الله، أو إن رضي الله، أو إن أحب الله ذلك، أو يسر الله ذلك، فألزمه سحنون، ولم يلزمه ابن الموَّاز.

(ص): (**وَأَلْفٌ فِي عِلْمِي، أَوْ ظَنِّي وَشِبْهِهِ قَوْلانِ**)

(ش): (وَشِبْهِهِ) أي: فيما أظن، أو أعلم، أو أرى، أو في اعتقادي، أو فيما يحضرني، أو فيما أحسب، واللزوم لسحنون، وعدمه لابن عبد الحكم وابن المواز، وقاسا ذلك على الشهادة، فإن هذه الألفاظ تبطلها، بخلاف الإقرار.

(ص): (**وَأَلْفٌ مُؤَجَّلٌ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهَا عَلَى الأَصَحِّ بِخِلافِ مُؤَجَّلَةٍ فِي الْقَرْضِ**)

(ش): يعني: أن من أقر بمال مؤجل، فإن كان من قرض لم يصدق وحلف المقر له إن أنكر الأجل؛ لأن الأصل فيه الحلول. وإن كان من بيع، فإن ادعى أجلا مستنكرًا لم يصدق وحلف المقر له، وإن ادعى أجلا لا يستنكر، فقولان:

أحدهما: وهو الذي قدمه ابن شاس وصححه المصنف: أنه لا يلزمه ما أقر به من التأجيل.

والثاني: حكاه ابن شعبان: أن المقر له يحلف وتكون الألف حالة؛ لأنه أقر بالألف وادعى التأجيل، ولعل منشأ الخلاف الخلاف في تبعيض الجمل.

(ص): (**وَأَلْفٌ إِنْ حَلَفَ فَحَلَفَ، أَوِ شَهِدَ بِهَا فُلانٌ فَشَهِدَ، لَمْ يَلْزَمْهُ**)

(ش): لأن من حجته أن يقول: ظننت أنه لا يحلف إلا على الحق، ويقول: ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق، وقد تبين لي خلاف ذلك، ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى.

ونقل ابن سحنون الاتفاق على ذلك، فقال: إن قال: لفلان عليَّ مائة دينار إن حلف، أو إذا حلف، أو حين يحلف، أو مع يمينه، أو في يمينه، أو بعد يمينه، فحلف فلان على ذلك ونكل المقر.

وقال: ما ظننت أنه يحلف، فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا، ولذلك قال محمد بن عبد الحكم: إذا قال لفلان عليَّ مائة إن حلف مطلقًا فلا شيء على المقر

بهذا وإن حلف الطالب، وكذلك قال أشهد ذلك أو كان يعلم أنها له، أو قال: إن أعارني دابته فأعاره، أو قال: إن شهد بها فلان فشهد بها على المقر؛ فلا شيء على المقر في ذلك كله، وأما إن قال: إن حكم بها فلان لرجل سماه، فتحاكما إليه فحكم بها عليه يلزمه ذلك، ونص مالك في مسألة إن شهد فشهد أنه لا يلزمه، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلا، وأما العدل فيقبل عليه، ونحوه في "الْمَجْمُوعَةِ"، ولا بد من تقييد مسألة قوله: إن حلف بما إذا لم يكن ذلك على طريق الدعوى؛ فإن قال ابتداء: له عليَّ كذا إن حلف، وأما إن ادعى عليه بألف مثلا، فقال: احلف وخذها، فهذا يلزمه ولا رجوع له، نص عليه ابن يونس.

وفي "البَيَان": إن نازعه في شيء، فقال: إن شهد لك فلان.

تحصيل المسألة: أنه إذا قال له ذلك على وجه التبكيت لصاحبه ولإبراء الشاهد عن الكذب، فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، وإن لم يقله على وجهٍ ثلاثة أقوال:

أولها: لا يلزمه ما شهد به عليه، كان تحقق علم ما نازعه فيه خصمه أم لا، فلا يحكم به عليه مع شاهد آخر ومع يمين المدعى عليه، وهو قول ابن القاسم، وابن سحنون، وعيسى، وأصبغ.

ثانيها: أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، كان تحقق ما نازعه فيه خصمه أم لا، ويؤخذ دون يمين المدعي، وهو قول مُطَرِّف.

ثالثها: أنه لا يلزمه إن كان لا يتحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان تحقق ذلك، وهو قول ابن دِينَار، وابن كِنَانَةَ.

واختار سحنون: سواء كان الشاهد في هذا عدلا أو مسخوطًا أو نصرانيًا، وقد قيل: لا يلزم؛ لأن محمل كلامه على التبكيت حتى يتبين منه الرضى بقوله، والتزام الحكم به على نفسه على كل حال في نازعه فيه من حد أو أرض أو ما أشبه ذلك محمول على التبكيت حتى يتبين غير التبكيبت، ولا خلاف أن له الرجوع بقوله قبل أن يشهد. انتهى.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وتأمل ما حكاه سحنون وابن عبد الحكم في تعليل الإقرار على يمين المدعي مع قوله في "الْمُدَوَّنَة" عن مالك فيمن قال: احلف، حلف أن الحق الذي تدعيه حق وأنا ضامن ورجع، أنه لا ينفعه رجوعه، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب، وإن مات كان ذلك في ماله ولم يجعله هبة غير مقبوضة؛ لأجل أنه أدخله في عهدة اليمين.

خَلِيلُ: وقد يقال مسألة "الْمُدَوَّنَة" خارجة عن هذا، وهي من باب الإلزام المرتب

على شرط.

المتيطي: ومن وجب عليه اليمين، فردها على من وجبت له، أو رضي أن يحلف صاحبه فلما جاء مقطع الحقوق رجع عن الرضى، فقد لزمه الرضى كان عند السلطان أو غيره.

أبو عمران: وهذا متفق عليه، بخلاف المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها فذلك له؛ لأن إلزامه لا يكون أشد من إلزام الله تعالى.

قال: وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب، ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين، والصواب ما قدمناه.

(ص): (**وَهَذِهِ الشَّاةُ أَوْ هَذِهِ النَّاقَةُ: لَزِمَتْهُ الشَّاةُ وَحَلَفَ عَلَى النَّاقَةِ**)

(ش): يعني: إذا حقق المقر وشك وحلف في المقر به، كما لو قال: هذه الشاة لفلان، أو هذه الناقة.

فذكر سحنون أن ما قبل حرف الشك وهو الأول لازم ويحلف على ما بعده، وكذلك لو قال: علي مائة أو دينار، أو له عليَّ مائة أو كذا حنطة، وفيما قاله في هذه المسألة نظر لا يخفى عليك.

(ص): (**وَغَصَبْتُ عَبْدًا مِنْ فُلانٍ لا بَلْ مِنْ فُلانٍ؛ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَيُقْضَى لِلآخَرِ بِقِيمَتِهِ**)

(ش): يعني: فإن وقع الإقرار لشخص ثم أضرب عن ذلك الشخص وأثبته لشخص آخر؛ فإنه يقضى به للأول لإقراره به وهو متهم على إخراجه عن المقر له أو لا؛ فلذلك كان للأول.

ومن حجة الثاني أيضا أن يقول: أنت قد اعترفت بأنه لي بإضرابك عن الأول وقد ضيعته بإقرارك به للأول أولا، فلذلك ألزم المقر قيمة المقر به للثاني إن كان مقومًا، أو مثله إن كان مثليًا، هكذا قال سحنون وغيره.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وهو المعروف.

ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة": ولا يمين عليه.

عيسى: إلا أن يدعيه الثاني؛ فإن ادعاه فله اليمين على الأول، فإن حلف فكما ذكرنا، وإن نكل المقر له أولا حلف المقر له ثانيًا وكان العبد له ولم يكن على المقر شيء.

قال في "البَيَان": وقول عيسى تفسير لقول ابن القاسم ويأتي على ما لسحنون في "نوازله" من (كِتَابِ الاسْتِحْقَاقِ) أنه لا شيء للمقر الثاني؛ لأنه إذا أقر له إنما أقر له بما

قد استحقه الآخر لإقراره له به أولا، وانظر هل يتخرج أيضًا فيها قول بأنه لا يكون للثاني إلا نصف القيمة من المسألة الآتية في كلام المصنف في الاستلحاق إذا قال الولد: هذا أخي لا بل هذا، فللأول النصف وللثاني نصف ما بقي، وقيل: جميعه.

وأشار ابن سحنون إلى مخالفة أشهب أيضا في مسألة الغصب التي حكاها المصنف.

قال: وقال أشهب قولا أباه سحنون في القائل: غصبت هذا العبد من زيد من عمرو، أن العبد لزيد ويقضى لعمرو بقيمته، وقد اتفق سحنون وأشهب على أن من قال: غصبت هذا العبد من زيد من عمر، أو عمر بل من خالد؛ أن العبد لزيد ويحلف إن شك فيه، ولم يعجب هذا سحنونا؛ للإجماع فيمن قال: غصبت هذا العبد من زيد وعمر بل من زيد، أنه يقضى بالعبد لزيد وعمر نصفين بينهما ويغرم لزيد نصف قيمة العبد إن أراد ذلك.

يريد: وإن أراد أن يغرم له قيمة العبد كله فذلك من حقه؛ لكونه لما قال: بل من زيد أضاف غصب الجميع إلى ملك زيد، فليس له أن يغصبه عبدًا كاملا ويرد نصف عبد.

قال: وهذا يدل على قول سحنون. ابن سحنون، وقرأت على سحنون قول أصبغ: لو قال مائة دينار عندي لزيد من دين أو تعدٍ أو وديعة بل هي لعمر، ولكل واحد منهما مائة، ولو كان ذلك في سعة، فقال: هذا العبد غصبته من زيد بل من عمر؛ فإن قال ذلك قبل أن يقبض زيد؛ كان العبد بين زيد وعمر، ولو قال: غصبت من زيد، ثم قال: بل من عمر وقد قبض زيد العبد؛ فإن العبد يكون لزيد ويغرم لعمر قيمته.

فقال سحنون: أصاب إلا في العبد، فإن الحكم أن يكون العبد لزيد ويقضى لعمر بقيمته، سواء قال: بل هو لعمر بعد أن قبضه أو قبل أن يقبضه.

(ص): (**وَلَكَ أَحَدُهُمَا لِثَوْبَيْنِ، لَهُ تُعْيِينُهُ، فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي؛ فَإِنْ عَيَّنَ الْمُقَرُّ لَهُ أَدْنَاهُمَا أَخَذَهُ وَأَجْوَدَهُمَا بِيَمِينٍ؛ فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي حَلَفَ الْمُقِرُّ، ثُمَّ حَلَفَ الْمُقَرُّ لَهُ وَكَانَا شَرِيكَيْنِ...**)

(ش): يعني: وإن قال رجل لآخر: لك أحد هذين الثوبين أو العبدين فله؛ أي: فللمقر تعيينه، فإن عين الأعلى فلا كلام، وإن عين الأدنى ووافقه المقَرُّ له فكذلك، وإن خالفه حلف المقَرُّ له وأخذ الأعلى، ويبقى له الأدنى بتسليم المقَرُّ له.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: وانظر هل ينتفع به انتفاعًا عوضًا عن قيمة الأعلى، فإن غفل عن

ذلك حتى بيع الأدنى بأكثر من قيمة الأعلى يوم حلف المقر له وأخذه؛ فيكون الزائد من الثمن على القيمة موقوفًا أو يتصدق به، انظر في ذلك كله، ولابن عبد الحكم ما يشبهه. انتهى.

وقوله: (فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي)؛ فإن عين المقر له أدناهما، أخذه بغير يمين لعدم التهمة، وإن عين أجودهما حلف.

قال في "البَيَان " في (باب الدعوى والصلح): وتحليفه مثلما في "الْمُدَوَّنَة" في مسألة ضمان الصناع، بخلاف ما ذهب إليه ابن المواز، فإن قال المقر له أيضا: لا أدري؛ حلف المقر على نفي المعرفة، وحلف أيضًا المقر له كذلك، وما ذكره من حلفهما ويكونان شريكين نص عليه ابن القاسم في "الْعُتْبِيَّة"، وكذلك يكونا شريكين إذا حلف المقر له ولم يحلف المقر.

قال في "البَيَان": وهو يأتي على القول بلحوق يمين التهمة، وعلى أنها ترجع؛ لأن كل واحد منهما يتهم صاحبه، فيقول المقر له: تعلم أن أدناهما لك ويقول المقر بالعكس، فأوجب اليمين لكل واحد منهما على صاحبه؛ فإن حلفا جميعا أو نكلا جميعا كانا شريكين كما قال؛ لاستوائهما في الحلف والنكول، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر كانا أيضا شريكين؛ لأن الناكل منها لما نكل وجب أن يرجع اليمين على صاحبه فيحلف لقد يعلم أن أحدهما له وهو لم يحلف، إلا أنه لا يعلم أن أحدهما هو ثوبه، ويمين التهمة إنما ترجع على البت.

مالك: وهو رجل سوء حلف على ما لا علم له به ويأتي على القول بأن يمين التهمة لا تلحق أن يكونا شريكين في الثوبين، ولا يكون لأحدهما على صاحبه يمين، ويأتي على القول بأن يمين التهمة تلحق وأنها لا ترجع. إن نكل المقر عن اليمين وحلف المقر له، كان له أجود الثوبين؛ لأنه قد وجب له بنكول المقر. انتهى.

وقال أشهب: إذا نكلا جميعًا قضى للمقر له بأدناهما.

الْمَازِرِيُّ: والأصل الذي يكون عليه أكثر فروع شك المقر فيما أقر به؛ هو أن ما تيقنه المقر، فإنه لا محيص له عنه وما شك فيه وأيقن المقر له أخذه على اختلاف في أخذه له، هل يأخذه بيمين أو بغير يمين؟ وما شك فيه جميعًا المقر والمقر له، ففي هذا قولان:

أحدهما: أن الذي شك فيه يسقط غرامته ولا تجب مطالبة المقر من أجله استصحابًا ببراءة الذمة.

والقول الثاني: أنه يقسم بين المقر والمقر له لتساويهما في إمكان كون الكل مشكوكًا فيه، هل لهذا أو هذا، فيقسم بينهما نصفين.

(ص): (وَالاسْتِثْنَاءُ بِمَا لا يَسْتَغْرِقُ؛ كَعَشَرَةٍ إلا تِسْعَةً يَصِحُّ خِلافًا لِعَبْدِ الْمَلِكِ)

(ش): ذكر الاستثناء هنا؛ لأنه من التعقب بالرافع، وحاصله أنه يصح استثناء الأكثر خلافًا لعبد الملك، والأول هو الصحيح لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي﴾ إلى قوله: ﴿مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]، والغاوون أكثر الناس، لقوله:﴿وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ﴾ [يوسف: ١٠٣]، ولقوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكاية عن ربه: "كُلُّكُمْ جَائِعٌ إِلا مَنْ أَطْعَمْتُهُ"(١)، والمطعم أكثر.

فإن قيل: من الأخذ من الآية نظر؛ لأن الغاوين لم يدخلوا في العباد العافين إلى الله تعالى؛ لأن الآية في المؤمنين المخلصين.

قيل: لا نسلم أن الغاوين ليسوا من العباد؛ لأن العباد مخلصون وغير مخلصين؛ بدليل اتصاف العباد بالمخلصين، ولأنه يلزم حينئذ أن يكون الاستثناء منقطعًا وهي خلاف الأصل.

فإن قيل: اتصاف العباد بالمخلصين للمدح لا للتخليص؛ فالجواب: أن الأصل في الوصف التخصيص، وحمله على المدح على خلاف الأصل.

وعن ابن الْمَاجِشُون: لا يصح استثناء الواحد الكامل، وإنما يصح استثناء الأجزاء كما تقدمت الإشارة إليه وَيُرَدُ قوله؛ لاتفاق فقهاء الأمصار أنه لو قال: عندي عشرة إلا تسعة، أنه لا يلزمه إلا واحد، ويمكن أن يجاب له بأنه ألزموه بالواحد نظرًا إلى العرف لا إلى اللغة، ويرد عليه بأن الأصل ألا يخالف العرف اللغة. والله أعلم.

(ص): (وَعَلَى الْمَشْهُورِ: عَشَرَةٌ إِلا تِسْعَةً إِلا ثَمَانِيَةً؛ تَلْزَمُ تِسْعَةٌ)

(ش): لا على قول عبد الملك، وإنما لزمه تسعة؛ لأن القاعدة: أن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، فقوله: (عَشَرَةٌ) إثبات أخرج منه تسعة، فيبقى واحد، ثم أدخل ثمانية أخرى فكان المقر به تسعة.

(ص): (وَإِلَى وَاحِدٍ تَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ)

(ش): يعني: أن من استثنى من العشرة إلى الواحد فيلزمه خمسة؛ أي: إذا قال:

---

(١) أخرجه مسلم، من حديث طويل، برقم (٢٥٨٠) والحاكم في المستدرك: ٢٤١/٤، وقال: صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ بِهَذِهِ السِّيَاقَةِ.

عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحدًا، وتقريره بما تقدم: أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، ولك أيضًا في معرفة هذا وجهان:

الأول: أن تجمع الأشفاع والأوتار، ثم تسقط الأوتار من الأشفاع، فمهما بقي شيء كان هو الباقي، فتجمع العشرة والثمانية والستة والأربعة والاثنين فيكون المجموع ثلاثين، وتجمع التسعة والسبعة والخمسة والثلاثة والواحد فيكون المجموع خمسة وعشرين تسقطها من الثلاثين تبقى خمسة وهي المقر بها.

والوجه الثاني: أن تحط الأخير فما يليه كذلك حتى الأول، فما حصل فهو الباقي فتحط الواحد من الاثنين يبقى واحد تحطه من ثلاثة، يبقى اثنان تحطهما من أربعة، يبقى اثنان تحطهما من خمسة، تبقى ثلاثة تحطها من ستة، تبقى ثلاثة تحطها من سبعة، تبقى أربعة تحطها من ثمانية، تبقى أربعة تحطها من تسعة، تبقى خمسة تحطها من عشرة، تبقى خمسة وهو المقر به[1].

(ص): (**وَلا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: لَهُ الدَّارُ إِلا الْبَيْتَ، وَقَوْلِهِ: وَالْبَيْتُ لِي**)[2]

(ش): يعني: (ش): لا فرق في الاستثناء بأدواته وبين ما يؤدي إليه وهو ظاهر.

ابن عبد الحكم: ولو قال غصبته جميع هذه الدار وبيتها لي؛ فهذا لا يقبل منه، وقد أقر بغصب جميعها، لأنه قال: غصبتك بيتًا هو لي، وأما إن قال: هذه الدار وبيت فيها لي؛ قبل قوله مع يمينه.

(ص): (**وَاسْتِثْنَاءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ، مِثْلُ: أَلْفُ دِرْهَمٍ إِلا عَبْدًا، يَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ وَتَسْقُطُ قِيمَةُ الْعَبْدِ...**)[3]

(ش): هذا مفرع على الأصح، وعلى الأصح، فيقال للمقر: صف العبد المستثنى وتقوم صفته وتسقط من الألف ويلزمه ما بقي؛ فإن ذكر أن القيمة تستغرق المقر به، بطل استثناؤه ولزم ما أقر به، قاله في "الْجَوَاهِر"، ومقابل الأشهر حكاه ابن سحنون أنه لا يصح، ويلزمه ما أقر به قبل الاستثناء واختاره بعضهم؛ لأنه يلزم أن يكون أمرها مجهولا بالألف واللام[4].

---

(١) انظر: حاشية العدوي: ٦/١٦٠، وشرح خليل، للخرشي: ١٧/٣٨٨.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٠٢.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٠٢.

(٤) انظر: التاج والإكليل: ٨/٢٣١، ومواهب الجليل: ٧/٦٨.

كتاب الاستلحاق

الاسْتِلْحَاقُ: لما فرغ من الإقرار بالمال شرع في الإقرار بالنسب، والمشهور أنه لا يستحلق الورثة إذا اجتمعوا، قاله بعض الشيوخ، ووقع في كلام ابن القصار ما ظاهره ثبوت النسب كمذهب الشافعي في ذلك.

(ص): (**وَإِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْهُولَ النَّسَبِ لَحِقَ بِهِ مَا لَمْ يُكَذِّبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ، أَوِ الْعَادَةُ بِبَلَدِهِ، أَوِ الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ...**)(١)

(ش): يعني: إذا استلحق شخص مجهول النسب لحق به؛ لأن الناس مصدقون على أنسابهم والشرع متشوف إلى لحوق النسب؛ إلا أن يكذبه **العقل**... إلخ. **فالعقل**: كما إذا استلحق من هو أكبر منه، إذ العقل مانع أن يكون الولد أكبر من أبيه.

والعادة: كما إذا استلحق من ببلد يعلم أن المستلحق لم يدخلها.

والشرع: كما لو استلحق من هو مشهور النسب؛ فإن شهرة نسبه تمنع أن يلحق بالغير، وإذا كانت الشهرة تمنع فأحرى إذا ثبت نسبه.

وفي "الْمُدَوَّنَة" لابن القاسم: في الذي يتبين به كذبه أن يكون له أب معروف، أو هو من المحمولين من بلد لا يعلم أنه دخلها كالزنج والصقالبة، أو تقوم البينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت.

قيل له: فإن قالوا لم تزل ملكًا لغيره حتى ماتت.

قال: لا أدري ما هذا ولعله تزوجها، ويناقش المصنف بأن قوله أولا: (مَجْهُولَ النَّسَبِ) يغني عن قوله: (لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ)؛ لأن الجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان، ولمالك في "الْمُدَوَّنَة": من باع صبيًا ولد عنده ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه، لحق به ورد الثمن، إلا أن يتبين كذبه، وقد نزلت بالمدينة وقضى بها بعد خمس عشرة سنة.

(ص): (**وَلا كَلامَ لَهُ وَلَوْ كَانَ كَبِيرًا**)

(ش): يعني: ولا كلام للمقر به؛ لأنه لا يقابل دعوى المقر إلا بعدم العلم لا بالتحقيق، وإذا لم يكن للكبير كلام فأحرى الصغير، ونص في "النوادر " على أنه لا يلتفت لتصديق الولد ولا تكذيبه وأنه لا يقبل، سواء كان الأب صحيحًا أو مريضًا،

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٠٣.

أحاط الدين بماله أم لا[١].

وفي "الكافي "في آخر الفرائض شرط ذلك تصديق الولد إذا كان الولد كبيرًا، ونص على أنه لو استلحق ولدًا كبيرًا بعد موته أنه لا يلحق إلا ببينة، وعلل ذلك بأن استلحاقه يفتقر إلى تصديقه والتصديق قد علم بموته، بخلاف الصغير، فإذا استلحقه بعد موته يلحق به ويرثه، ويؤيد في "الْمُدَوَّنَة" في (باب الشهادة): ومن ادعى على رجل أنه ولده أو والده فأنكر؛ فلا يمين له عليه.

قال ابْنُ يُونُسَ: معناه: أن الولد كبير، ولو كان صغيرًا لجاز استلحاقه إذا لم يعرف كذبه.

فَرْعٌ: وهل من شرط استلحاق الولد ألا يكون للمستلحق وارث معروف كغير الولد وهو أقرب، نقله سحنون عن أصحابنا، أو إنما يشترط ذلك في غير الولد وهو الذي في "الْعُتْبِيَّة".

قال في "الْجَوَاهِر": ولو استلحق ولدًا، ثم أنكره، ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه المستلحق.

ابن القاسم: ويوقف ذلك المال؛ فإن مات هذا المستلحق صار المال لورثته وقضى به دينه، فإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم.

(ص): **(وَقَالَ سُحْنُونٌ: لا يُقْبَلُ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ نِكَاحٌ أَوْ مِلْكُ يَمِينٍ)**

(**ش**): يعني: أن أهل المذهب لا يشترطون في الاستلحاق تقدم النكاح أو ملك يمين.

وقال سحنون: يشترط فيه أن يعلم أحدهما، ونحوه لابن القاسم؛ لكن المشهور عنه الأول[٢].

(ص): **(وَلَوِ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ لَمْ يَرِثْهُ)**

(**ش**): هذا خاص بغير الولد؛ لأنه قدم الكلام في الولد، وأنه يقبل استلحاقه ما لم يكذبه العقل... إلخ. وقد تقدم في اللعان ما إذا استلحقه بعد نفيه وموته، وأن مذهب "الْمُدَوَّنَة":

يرثه بشرط أن يترك الولد ولدًا، وأن ابن العطار وغيره قالا بنفي الإرث وإن فضلا،

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٥/٣، وشرح ميارة: ٢٠١/٢.

(٢) انظر: منح الجليل: ٩٠/١٣، وحاشية الدسوقي: ٤٧٠/١٣.

قيد في "الْمُدَوَّنَة" إذا لم يكن للميت ولد بما إذا كان المال كثيرًا، وَنصَّ فِي "الْجَوَاهِر" ونحوه لصاحب الذخيرة أن هذا الفرع خاص بغير الولد.

وقوله: (وَارِثٌ)، أي: عاصب معروف بنسب أو ولاء يدل عليه ما بعده، ومثال المسألة، ما إذا قال: هذا أخي أو عمي أو ابن أخي ونحو ذلك؛ فإن كان للمستلحق عاصب يرثه لم يرثه هذا المقر به؛ لأن ذلك الوارث يستحق ذا المال وهو يتهم في إخراجه، ولفظ ذا مفعول.

وقوله: (وَلَهُ وَارِثٌ) جملة حالية من الضمير في (اسْتَلْحَقَ)، فإن قلت: هل يصح أن يكون أيضا (ذَا) حالا من فاعل استلحق؛ أي: استلحق حال كونه ذا مال.

قيل: فيه بعد، والله أعلم.

(ص): (وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ عَلَى الأَصَحِّ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمينَ كَالْوَارِثِ أَوْلا)

(ش): يعني: وكذلك لو استلحق غير الولد وله مال ولم يكن له وارث معروف بالنسب؛ فإن الأصح أنه لا يرثه، ومنشأ الخلاف ما ذكره، هل بيت المال وارث أم لا، وإنما هو حائز للأموال الضائعة، واضطرب الشيوخ في تعيين المشهور.

فالباجي يقول: والذي عليه جمهور أصحابنا قبول إقراره ويرثه المقر له ولا يثبت نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون، ثم قال سحنون: لا يرثه؛ لأن المسلمين يرثونه، وقاله أشهب.

ابْنُ يُونُسَ: نسبة الأول إلى المذهب منكر إلا على قول شاذ لابن القاسم.

ابْنُ عَبْدِ السَّلامِ: ولكن هذا إذا كان المقر ذا مال، ومسألة المؤلف في العكس أن يكون المقر له ذا مال، فتأمل ذلك.

(ص): (وَلَوْ قَالَ لأَوْلادِ أَمَتِهِ: أَحَدُهُمْ وَلَدِي وَمَاتَ وَلَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ؛ فَالصَّغِيرُ وَحْدَهُ حُرٌّ. وَقِيلَ: وَثُلُثَا الأَوْسَطِ وَثُلُثُ الأَكْبَرِ، وَقِيلَ: الْجَمِيعُ...)

(ش): أي: ومات ولم تعرف عين الولد، وذكر المصنف وابن شاس ثلاثة أقوال، وقد ذكرها صاحب " النوادر"، وعزا الأول في كلام المصنف لسحنون والثاني للمغيرة والثالث لابن عبد الحكم؛ فرأى في الأول والأوسط عدم العتق؛ لاحتمال أن يكون الميت لم يرد واحدًا منهما وإنما أراد الأصغر، فلا يعتق واحدٌ إلا بيقين على القول بأن الشك لا يؤثر في العتق، ورأى المغيرة أن الصغير هو على كل تقدير؛ لأنه إذا كان الأكبر هو الولد فهو حر، وكذلك الأوسط والأصغر، وإن كان الأوسط هو الولد فهو

حر مع الأصغر والأكبر رقيق، وإن كان الأصغر هو الولد فهو حر دونهما، ولما كان الأوسط حرًّا على تقديرين ورقيق على تقدير عتق ثلثاه، ولما كان الأكبر حرًّا على تقديره ورقيقًا على تقديرين عتق ثلثه، ورأى ابن عبد الحكم عتق جميعهم بالشك كما وجب اجتناب الشاتين إحداهما ذكية والأخرى ميتة، وكاجتناب المرأتين إذا كانت إحداهما محرمة؛ لأنه لما اختلط من يجوز ملكه بمن لا يجوز ملكه وتعذر التعيين في إعتاق من لا يجوز ملكه وجب إعتاق الجميع؛ لأن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب(١).

تَنْبِيهٌ: هذا الكلام المتقدم إنما هو إذا كان الإخوة من أُمٍّ واحدة وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف؛ لقوله: (لأَوْلادِ أَمَتِهِ).

قال في "الْعُتْبِيَّة": وإن كانوا مفترقين؛ فإن القول ببلد رَسُولِ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأكثر الرواة، أن يحمل هذا عندهم محمل من قال: أحد عبيدي حر.

وقال المخزومي: يعتق من كل واحد ثلثه ويرق ثلثاه.

وقال آخرون: يعتق واحد من الثلاثة بالقرعة؛ لأنه لما كان مجهولا عتق بحكم الوصية فقط.

وقد قيل: إنه يقرع بينهم، وإن كانوا لأم فيقرع بين الأكبر والأوسط، وأما الأصغر فهو حر على كل حال؛ لأنه لا يصح أن يختلف فيه، وإن كان ظاهر الرواية خلاف ذلك فتأول على هذا وهو تأويل سائغ؛ لأن الاثنين جماعة فيحمل قوله بينهم على الأكبر والأوسط.

قال: ولا خلاف أنه لا إرث لأحدهم منه.

(ص): **(وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ وَغَيْرُهَا وَلَدَيْنِ وَمَاتَتَا وَاخْتَلَطَا، عَيَّنَتْهُ الْقَافَةُ)**

(ش): يحتمل أن يريد بغير زوجته ما هو أعم من أمته والأجنبية، ويحتمل أن يريد أمته فقط، وهذا الثاني أشبه بأصل المذهب في أن القافة إنما تكون في الآباء.

وفي "الْجَوَاهِر": ولو نزل ضيف على رجل وله أم ولد حامل فولدت هي وولدت أم ولد الضيف في ليلة بنتين فلم تعرف واحدة منهما بنتها وتداعتا أحدهما ونفى الآخر؛ فإن القافة تدعى لهما.

وقال سحنون فيمن ولدت امرأته وجاريته فأشكل عليهم ولد الحرة من ولد الأمة

---

(١) انظر: حاشية الصاوي: ٧/٤٨٠، والتاج والإكليل: ٩/٢٣٢.

ومات الرجل ولم يدع عصبة تستدل بها القافة على ولد الميت؛ ليس في مثل هذا قافة، ولا يكون الميراث بالشك.

وفي "كِتَابِ ابْنِ عِيسَى": في امرأة طرحت ابنتها ثم عادت لأخذها فوجدتها وأخرى معها ولم تعرف بنتها منهما.

فقال ابن القاسم: لا يلحق بزوجها واحدة منهما، وبه قال ابن المواز، وقال سحنون: تدعى لهما القافة، وإلى هذا الفرع الأخير أشار المصنف بقوله:

(ص): (**قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ وَجَدَتْ مَعَ بِنْتِهَا أُخْرَى: أَلا تُلْحِقَ بِزَوْجِهَا وَاحِدَةً مِنْهُمَا، وَقَالَ سُحْنُونٌ: الْقَافَّةُ...**)

(**ش**): وكأن المصنف أتى بهذا الفرع إثر الأول، إشارة إلى التعارض بينهما؛ لأنهم قالوا في الأول بحكم القافة ولم يذكروا خلافه، ومذهب ابن القاسم في الثاني عدم إعمال القافة، فكأنه أشار إلى التخريج وهو تخريج ظاهر، والظاهر: أنه لا فرق بينهما، وقول المصنف في الفرع السابق (وَمَاتَتَا) الظاهر أنه لا يحتاج إلى ذلك؛ لأنه لا مفهوم له، ولا فرق بين مماتهما وبين حياتهما[1].

فإن قيل: فلم حكموا في الأول في القافة وهي لا تكون في الحرائر على المشهور.

وقيل: الفرق بين هذه المسائل المذكورة هنا وغيرها من وجهين:

أولهما: أن النسب هنا ثابت وإنما القافة لتبيينه.

وثانيهما: إنما تعتبر في الحرائر القافة حيث يمكن دفع الولد باللعان وهاهنا تعذر فاستوى الأحرار وغيرهم في ذلك.

(ص): (**وَلا تَعْتَمِدُ الْقَافَّةُ إلا عَلَى أَبٍ حَيٍّ، وَقِيلَ: وَعَلَى الْعَصَبَةِ**)

(**ش**): يعني: أن القافة إنما تعتمد على الأب الحي على ظاهر المذهب قصرًا لذلك على قصة زيد وأسامة.

وقال سحنون: يعتمد على شبه العصبة؛ يعني: في موت الأب.

قوله: (حَيٍّ) هو كذلك في الرواية، ظاهره أنه لا يعتبر الأب إذا مات، ولكن فسر سحنون الحياة بوجوده لينظر شبهه؛ سواء كان حيًا أو ميتًا، والفرق والأقرب أن يعتمد على ما تقوله أنها تعرف بذلك النسب؛ فإن قالت: لا تعرف ذلك إلا بالأب، اعتبر الأب

---

(١) انظر: الكافي: ٧٨٣/٢، والذخيرة: ٢٢/٨.

فقط، وإن قالت: لا نعرف ذلك بالعصبة رجع إليهم في ذلك، ولا وجه لنقل الخلاف في هذه المسألة، والله أعلم، والمشهور: أنه يكتفى بالقائف الواحد.

وقيل: لا بد من اثنين.

(ص): (**وَإِذَا أَقَرَّ وَلَدَانِ عَدْلانِ بِثَالِثٍ ثَبَتَ النَّسَبُ، وَعَدْلٌ يَحْلِفُ وَيُشَارِكُهُمَا وَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ مَعَهُمْ...**)

(ش): أما إذا أقر عدلان فواضح، ولا خصوصية للولدين، بل وكذلك العمان والأخوان، وأما العدل فيحلف معه ويشاركهما؛ لأنه إنما شهد له على مال، وهكذا في "الْجَوَاهِر"، و"الذخيرة"، ونقل عن الباجي نحوه، والمذهب خلافه على ما نقله العلماء قديمًا وحديثًا، وقد صرح بعضهم بأن ما نقله ابن الحاجب وهْمٌ.

والمذهب: أن العدل كغيره وليس للمقر له الأخذ إلا من المقر، فإن قلت: لم لا يقيد كلامه بما إذا لم يكن للميت وارث معروف؟

فقد نقل صاحب " النوادر " وغيره: أنه إذا لم يكن للميت ولد معروف فادعى أنه ولد للميت أو زوجة فأقام على ذلك شاهدًا؛ أن ابن القاسم، قال: يقضى له بالشاهد واليمين بالميراث دون النسب[1].

وقال أشهب: لا يقضى له به؛ لأن المال فرع بثبوت النسب، واتفقا على عدم أخذ المال إذا كان للميت وارث معروف.

قيل: لما فرض المصنف المسألة في ولدين لزم قطعًا حصول الوارث المعروف، وهي يُتفق فيها على عدم الإرث.

فإن قلت: فكلامه هنا موافق لما ذكره في النكاح إذا أقامت المرأة شاهدًا على النكاح بعد الموت.

فقال ابن القاسم: تحلف معه وترث.

وقال أشهب: لا ترث. وتوقف أصبغ.

قيل: هذه المسألة أيضًا مقيدة عند ابن القاسم بما إذا لم يكن للميت وارث معروف، كما صرح به صاحب " النوادر " وغيره، ومذهبنا: عدم ثبوت النسب بالعدل الواحد ولو لم يرث غيره.

وقال الشافعي رضي الله عنه: إذا لم يرث غيره يثبت النسب، ومثله عن

---

(١) انظر: المدونة: ٥٩٦/٣، وما بعدها.

ابن القصار.

وقوله: (وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ... إلخ) هو المشهور، وسيأتي بيان العمل في ذلك في (باب الفرائض) إن شاء الله.

وقال ابْنُ كِنَانَةَ: إن المقر يشاركهم، وهذا إذا كانت التركة عينًا، وأما إن كانت عروضًا كما لو ترك الميت عبدًا أو أمة، فأخذ المقر عبدًا والمنكر الأمة، ثم أقر أحدهما بأخ.

فقال ابن عيسى: هو مقر بثلث وثلث الأمة وكان له في الإنكار؛ يعني: للمقر نصف كل واحد، فأقر في كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف وهو سدس العبد، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد؛ ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة، وأما ثلث العبد فواجب له؛ لأن سدسه كان بيده، وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل، كمن اشترى شيئا ثم أقر أنه لآخر فليسلمه إليه، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال، ويخير في سدس الأمة بين أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد.

وقال أيوب المصري: قول أهل المدينة أن يعطيه ثلث العبد ويضمن له قيمة سدس الأمة؛ لأنه باع ذلك بالسدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه.

أَبُو مُحَمَّد: وهذا هو الصواب وليس فيه تخيير؛ لأن الذي أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده.

(ص): (وَلَوْ قَالَ الْوَلَدُ: هَذَا أَخِي، لا بَلْ هَذَا؛ فَلِلأَوَّلِ النِّصْفُ وَلِلثَّانِي نِصْفُ مَا بَقِيَ بِيَدِهِ. وَقِيلَ: جَمِيعُهُ...)

(ش): أي: فللثاني نصف ما بقي بيده نظرًا إلى عذره بالخطأ، وقيل: جميعه بناء على عدم عذره بالخطأ؛ إذ الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، ومن حجة الثاني أن يقول: أنت معترف باستحقاق نصف المال وأنت قد ضيعت حقك بإقرارك للأول، وكذلك إذا أقر بوارث ثم بوارث لم يدخل الثاني مع الأول إلا أن يكون الإقرار بهما نسقًا، فإن أقر بالثاني بعد أن دفع للأول؛ فليس عليه للثاني إلا الفضل الذي بيده على نصيبه، مثاله: توفي رجل ترك ابنًا فله المال كله، فأقر بابن آخر فله نصف المال بلا خلاف، فإن أقر بثالث.

فقال سحنون: حكمه حكم ابنين ثابتي النسب أقر أحدهما بثالث فيدفع له ثلث ما بيده، وكذلك لو أقر برابع وخامس.

سحنون: وهو معنى قول ابن القاسم وغيره.

وقال أشهب: لا ينظر في هذا إلى ما يجب للمقر وإنما ينظر إلى ما يجب للمقر به من جميع المال، كان بيد المقر وكان قادرًا على الإقرار بهما جميعًا، وسواء كان عالما بالثاني أو لم يعلم؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وعلى الأول لا يحتاج إلى قضاء قاض، وقال أحمد بن نصر الداودي: إنه إن دفع بقضاء لم يضمن.

(ص): (**وَلَوْ تَرَكَ أُمًّا وَأَخًا فَأَقَرَّ بِآخر، فَفِي "الْمُوَطَّأ": يَأْخُذُ مِنْهَا النِّصْفَ وَهُوَ السُّدُسُ لِنَفْسِهِ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ، وَرُوِيَ: يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ**)[1]

(ش): إنما كان للمقر له السدس؛ لأنَّها أقرت بأخوين يحجبانها إلى السدس، ولا شيء للمنكر؛ لأن بيده الثلثين، وهو معترف أنه لا يستحق غيرهما.

وقوله: (وَرُوِيَ: يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ) أي: لأنها إنما أقرت بالسدس لهما.

وقيل: يوقف نصيب المنكر من السدس، فإن صدق الأم أخذه ودفع لأخيه نصف الثلثين.

وقيل: يوقف الأخ على إقرارها؛ فإن صدقها أخذت السدس وكان الباقي بينهما، كان السدس للمقر به، وإن قال: لا أدري، كان السدس بينهما.

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٤٠٣.

فهرس المحتويات

AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

by

Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi

Edited by

Muḥammad ʿUṯmān

Volume V

